

DIE RECHTSNATUR DER GENEHMIGUNG
VON LUFTFAHRTUNTERNEHMEN
NACH § 20 LuftVG
("Gelegenheitsverkehr")

Dissertation
vorgelegt der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität
in Mainz

von
Horst Graumann
Koblenz

1966
4



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DIE RECHTSNATUR DER GENEHMIGUNG VON
LUFTFAHRTUNTERNEHMEN NACH § 20 LuftVG
("Gelegenheitsverkehr")

Eine Erläuterung der §§ 20, 22 LuftVG
in der Fassung vom 10. Jan. 1959

Dissertation
vorgelegt der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

von
Horst Graumann
Koblenz

1966

1. Berichterstatter: Professor Dr. Peter SCHNEIDER
2. Berichterstatter: Professor Dr. Johannes BÄRMANN

Tag der mündlichen Prüfung: 25. Februar 1966



MEINEN ELTERN

ÜBERSICHT

	Seite
Schrifttum	IX
Abkürzungen	XIX
Einführung	XXI

TEIL A

Grund und Voraussetzungen für einen Anspruch
aus §§ 20, 22 LuftVG

1

§ 1 Grund und allgemeine Voraussetzungen

1

1. Grundsatz der Freiheit

1

a) Gesetzliche Schranken

1

b) Schranken der Gewerbefreiheit

3

2. Anspruchsgrundlage

3

3. Genehmigungszwang und Berufsfreiheit

4

a) Sicherheitliche Erwägungen im Verkehrswesen

5

b) Gefahren der Luftfahrt

6

c) Abgrenzung des Gelegenheitsluftverkehrs

7

aa) Fluglinienverkehr

7

bb) Gelegenheitsluftverkehr

11

cc) Ferienzielreiseverkehr

17

dd) Verwendung von Luftfahrzeugen für
sonstige Zwecke

19

ee) Selbstkostenflüge

20

ff) Beförderung durch Luftfahrzeuge

24

d) Genehmigung als Initialsperr

29

aa) Sicherheitsanforderungen im
Gelegenheitsluftverkehr

29

bb) Genehmigungszwang

31

4. Genehmigung als Polizeierlaubnis

35

a) Kein Akt der Verleihung

35

b) Erlaubnis zur Schutzgewähr

36

§ 2	§§ 1, 20, 22 LuftVG als Anspruchsgrundlage	39
§ 3	Besondere Anspruchsvoraussetzungen	42
1.	Zulassungsvoraussetzungen und Art. 12 GG	42
2.	Uneinheitlichkeit des Verkehrswesens	46
3.	Gelegenheitsluftverkehr und objektive Zulassungsvoraussetzungen	49
4.	Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung	51
a)	Unzuverlässigkeit des Antragstellers	54
b)	Zuverlässigkeit der für die Leitung des Unternehmens verantwortlichen Personen	64
c)	Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens	66
d)	Eintragung in die deutsche Luftfahrzeugrolle	75

TEIL B

	Inhalt des Anspruchs aus §§ 20, 22 LuftVG.	79
§ 1	Subjektiv öffentliches Recht	79
§ 2	Genehmigung und Auflagen	79
§ 3	Befristung und Freiheitsgrundsatz	85
§ 4	Nebenbestimmungen des § 22 LuftVG	89
1.	Öffentliche Verkehrsinteressen und Gelegenheitsluftverkehr	92
2.	Untersagung von Beförderungen; Auflagen, Bedingungen	100
3.	§ 22 LuftVG de lege ferenda	102
§ 5	Inhalt und Bestand der Genehmigung	105
1.	Erlaubnisträger	105
2.	Erlaubnisgegenstand	106
3.	Inhalt der Auflagen	107
4.	Zeitpunkt der Genehmigungserteilung	108

VII

5. Erlöschen der Genehmigung	110
a) "Tod" des Unternehmers	110
b) Übertragung des Unternehmens	111
c) Widerruf der Erlaubnis	112
aa) Widerrufsvorbehalt in § 20 LuftVG	112
bb) Fortfall der Genehmigungsvoraussetzungen	120
cc) Verstöße gegen die Auflagen	120
dd) Nichterfüllung von Auflagen nach § 22 LuftVG	121
ee) Langes Ruhen des Betriebes	122
d) Verzicht	124
§ 6 Allgemeines zur Genehmigung	128
1. Strafvorschriften	128
2. Zuständigkeiten	129
3. Rechtsmittel	130
TEIL C	
Zusammenfassender Überblick	131

SCHRIFTTUM

- Arndt Das Unbehagen an der Verfassung
NJW 63/432
- Arndt Die Last der Freiheit
NJW 64/23
- Bach Briefzensur und unfreiwillige Subordination
NJW 63/1763
- Bachof Freiheit des Berufs
Bettermann-Nipperdey-Scheuner: Die Grundrechte,
Bd. 3, 1. Halbbd., S. 155
- Bachof Anmerkung zum Urteil des BVerwG v. 11.10.1956
DVB1 57/788
- Basarke Das Recht der Luftfahrt und seine Handhabung im
Reich und in Preußen
ZLR Bd. I 1927/28
- Bundeshaushaltplan für die Jahre 1960, 1961
- Becker Zum Grundrecht der freien Berufswahl. Eine
Zwischenbilanz zu Art. 12 Abs. 1 GG
NJW 55/1737
- Becker Zum Befähigungsnachweis im Handwerk
NJW 55/975
- Beine Bemerkungen zum Genehmigungsverfahren nach § 6
des LuftVG unter besonderer Berücksichtigung von
Auflagen.
ZLW 1961/3
- Benkendorff Die Bedürfnisprüfung beim Gelegenheitsverkehr
und Art. 12 GG
RdK 1953/145
- Bidinger Gedanken zur Drucksache 255
PersV 60/206
- Bidinger Gedanken und Vorschläge zur Drucksache 255
PersV 60/227
- Bidinger Personenbeförderungsrecht
Kommentar, Berlin 1961

Bonner Kommentar	K. zum Grundgesetz Hamburg 1950
Bühler	Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte Gedächtnisschrift f. Walther Jellinek in der Reihe: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Band 6
Bülck	Die Bedürfnisprüfung bei der Genehmigung von Luftverkehrsunternehmen ZLR 54/124
Czermak	Verfassungsrecht und Verwaltungswirklichkeit NJW 63/526
Darsow	Das Luftverkehrsgesetz in der Fassung vom 10. Januar 1959 ZLR 59/71
Dipper	Bedürfnisprüfung im Gaststättengewerbe nach dem Bonner Grundgesetz NJW 52/601
Döring	Luftverkehrsgesetz und Verordnung über Luftverkehr München und Berlin 1937
Drews-Wacke	Allgemeines Polizeirecht 7. Aufl. 1961
Ehmke	"Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht Tübingen 1960 (Recht und Staat, Nr. 230/231)
Erning	Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und die Widerrufbarkeit des begünstigenden, mangelhaften Verwaltungsaktes DVBl 60/188
Esser	Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts Tübingen 1956
Fleiner	Einzelrecht und öffentliches Interesse Tübingen 1925

Forsthoff	Lehrbuch des Verwaltungsrechts Bd. I, 6. Aufl. München und Berlin 1956 7. Aufl. München und Berlin 1958
Fromm	Öffentliche Verkehrsinteressen und Grundgesetz DVB1 62/467
Fromm	Das neue Schweizerische Personenbeförderungsrecht Verkehr und Technik 60/263
Fromm	Zur Neuordnung des Personenbeförderungsrechts DVB1 60/792
Fuhr	Kommentar zur Gewerbeordnung (Loseblatt-Sammlg.)
Giacometti	Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungs- rechts Bd. 1, Zürich 1960
Gimbel	Ist § 22 LuftVG in der Fassung vom 10. 1. 1959 mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar? NJW 63/19
Graumann	Verfassungsmäßigkeit des § 22 LuftVG NJW 63/1487
Graumann	Anzeigepflicht für Richter? DRiZ 64/405
Hamann	Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung Heidelberg 1953
Hamann	Das Grundgesetz, Kommentar 2. Aufl. 1961
Hamel	Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 13. 2. 1964 (Mehrbetriebe im Apothekenrecht) NJW 64/1067
Handbuch der deutschen Aktiengesellschaften 1958/59 Bd. IV, 59. Aufl.	
Haselau	Die Freiheit der Straße als Rechtsproblem Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaft Güterfern- verkehr im Bundesgebiet, Heft 11, Bad Godesberg 1960
Haußleiter	Beruf und Gewerbe nach dem Bonner Grundgesetz DÖV 52/496

- Hein-Eichhoff-Pukall-Krien: Güterkraftverkehrsgesetz
(Losebl. -Komm.), 1. u. 2. Aufl., Bd. III,
Berlin 1953
- Heinze Die Abgrenzung zwischen Linien- und Gelegenheits-
verkehr im alten und neuen Personenbeförderungsgesetz
DÖV 59/499
- Heinze Öffentliche Verkehrsinteressen und Grundgesetz
DVBl 62/804
- Hoffmeister Wörterbuch der Philosophischen Begriffe
Leipzig 1944
- Huber, E. R. Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht
Teil II,
DÖV 56/135
- Huber, E. R. Wirtschaftsverwaltungsrecht
Bd. I, 2. Aufl., Tübingen 1953
Bd. II, 2. Aufl., Tübingen 1954
- Huber, H. R. Verwaltungsrechtliche Auflagen und Bedingungen
und ihr Zusammenhang mit dem Hauptinhalt von
günstigen Verwaltungsakten
Dissertation 1955, Affoltern a. A. ZH/Schweiz
- Jung Probleme des Widerrufsvorbehaltes
DVBl 57/708
- Koffka-Bodenstein-Koffka: Luftverkehrsgesetz und Warschauer Abkommen
Kommentar, Berlin 1937
- Kormann System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte
Berlin 1910
- Krüger Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung
DVBl 55/380, 450, 518
- Ksoll Verwaltungsrecht, Besonderer Teil
2. Auflage
- Külz Das "Wohl der Allgemeinheit" im Wasserhaushalt-
gesetz
Festschrift für Gieseke, S. 187

- Lätsch Grundlagen des öffentlichen Luftrechtes in der Schweiz
Dissertation, Zürich 1935
- Landmann-Rohmer-Eyermann-Frohler: Kommentar zur Gewerbeordnung
10. Aufl., Bd. I, München u. Berlin 1952
11. Aufl., Bd. I, München u. Berlin 1956
12. Aufl., Losebl.-Komm.,
- Larenz Methodenlehre der Rechtswissenschaft
Berlin/Göttingen/Heidelberg 1960
- Lerche Übermaß und Verfassungsrecht
Berlin 1961
- Liebert Die Leistungsfähigkeit des Betriebes als Zulassungsvoraussetzung im gewerblichen Güternahverkehr
DGÜV 58/246
- Loppuch Die verwaltungsbehördliche Ermessensentscheidung und Ermessenshandlung
DVBl 55/377
- Magen Gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote und Kartellrecht
NJW 61/147
- v. Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1,
2. Aufl., Berlin und Frankfurt 1957
- Martens Fehlerhafte Nebenbestimmungen im Verwaltungsprozeß
DVBl 65/428
- Maunz Deutsches Staatsrecht
7. Aufl. München und Berlin 1958
9. Aufl. München und Berlin 1959
- Mayer Lehrbuch des Verwaltungsrechts
3. Aufl., Bd. I
- Meyer Ist die in der deutschen Luftfahrtgesetzgebung vorgesehene Genehmigung von Luftfahrtunternehmen und die bei der Genehmigung vorgesehene Prüfung der Bedürfnisfrage mit dem Grundgesetz vereinbar?
ZLR 54/23

Meyer	Der internationale Luftlinienverkehr und der internationale Gelegenheitsverkehr nach geltendem Recht und de lege ferenda unter besonderer Berücksichtigung einer Koordinierung des europäischen Luftverkehrs ZLR 54/223
Meyer	Sind Raketen Luftfahrzeuge im Sinne von § 1 Abs. 2 LuftVG? DÖV 64/15
Michel	Zur Frage der Zuverlässigkeit, Sicherheit und Leistungsfähigkeit im Sinne von § 9 PBefG PersV 56/210
Müller	Straßenverkehrsrecht 21. Aufl., Berlin 1959
Naumann	Grundlagen und Grenzen der Berufsfreiheit JZ 51/423
Niemeyer	Anmerkung zum Kammergerichtsurteil vom 30. 6. 1930 JW 31 I S. 901
Oppelt	Das Personenbeförderungsrecht 5. Aufl., Bielefeld 1958
Paas	Ist die in § 11 Abs. 2 LuftVG bei der Genehmigung von Luftfahrtunternehmen und -veranstaltungen vorgeschriebene Bedürfnisprüfung mit dem Grundgesetz vereinbar? ZLR 54/117
Rehm	Sind Raketen Luftfahrzeuge im Sinne von § 1 Abs. 2 LuftVG? DÖV 63/13
Reuß	Die "Zuverlässigkeit" im Gewerberecht DV 48/55
Riese	Luftrecht Stuttgart 1949
Rigoll	Die Genehmigung der Luftfahrtunternehmen nach § 11 des Luftverkehrsgesetzes Dissertation, Königsberg i. Pr. 1931

Rinck	Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache JZ 63/521
Rinck	Die internationalen Elemente im Lufttransport ZLW 66 / 1 ff.
Ritter	Der Grundrechtsschutz ausländischer iuristischer Personen NJW 64/279
Röhl	Das Recht der Personenbeförderung Marburg 1938
Ruwe	Güterkraftverkehrsgesetz 2. Aufl., Dortmund 1953
Scheuner	Grundrechtsinterpretation und Wirtschaftsordnung DÖV 56/65
Schleicher-Reymann	Recht der Luftfahrt 2. Aufl., 1937 (Berlin-Köln 1954)
Schleicher-Reymann-Abraham	Das Recht der Luftfahrt 3. Aufl., Bd. I, Köln-Berlin 1960 Bd. II, Köln-Berlin-Bonn-München 1966
Schneider	In dubio pro libertate Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Bd. II, S. 263
Schneider	Prinzipien der Verfassungsinterpretation VVDStL Bd. 20 S. 1 ff.
Fechner-Schneider	Verfassungswidrigkeit und Rechtsmißbrauch im Aktienrecht (Zwei Gutachten), Tübingen 1960
Fechner-Schneider	Nochmals Verfassungswidrigkeit und Rechtsmißbrauch im Aktienrecht (Zwei Stellungnahmen), Tübingen 1962
Schwenck	Der Begriff des Entgelts nach dem LuftVG ZLW 63/153
Sieber	Die Berufsfreiheit im Rahmen der Freiheitsrechte des Grundgesetzes Dissertation, Mainz 1958
Sieg	Das Recht der Gewerbezulassung und Art. 12 GrundG DVBl 50/197

Sigl	Gesetz über die Berufsausübung im Einzelhandel Köln 1958
Stern	Anmerkung zum Urteil des BVerfG in NJW 58/1227 NJW 58/1435
Tagungsbericht der Sitzung des Rechtsausschusses der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Luftfahrt (WGL) am 2. 10. 1953 in Köln	ZLR 54/144
v. Turegg	Bedürfnisprüfungen bei Gewerbezulassungen NJW 50/774
Turegg-Kraus	Lehrbuch des Verwaltungsrechts 4. Aufl., 1962
Über	Freiheit des Berufs Hamburg 1952
Warncke	Die Frage der Vereinbarkeit der bei der Genehmigung von Luftverkehrsunternehmen gemäß § 11 des Luftver- kehrsgesetzes vorgesehenen Bedürfnisprüfung mit dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Dissertation, Köln 1958
Wolf	Ist § 9 Abs. 2 PBefG neue Fassung mit dem Grund- gesetz vereinbar? DVB1 56/435
Wolff	Verwaltungsrecht I, 4. Aufl., 1961 5. Aufl., 1963
Zippelius	Das Verbot übermäßiger gesetzlicher Beschränkung von Grundrechten DVB1 56/353
Zivier	Der Wesensgehalt der Grundrechte Dissertation, Mainz 1962

ZEITSCHRIFTEN UND SAMMLUNGEN

AöR	Archiv des öffentlichen Rechts Bd. 82
AS RhPf	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des OVG Rheinland-Pfalz Bde. 2, 5
Bulletin	Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung Nr. 66 von 1958
BB	Betriebsberater 1950, 1955, 1962
BVerfGE	Bundesverfassungsgericht, Entscheidungssammlung Bde. 1, 7, 8, 13
BVerwGE	Bundesverwaltungsgericht, Entscheidungssammlung Bde. 1, 3, 4, 19
DGüV	Der Güterverkehr 1958, 1959
DÖV	Die öffentliche Verwaltung 1950-1952, 1954-1956, 1959-1961, 1964
DV	Deutsche Verwaltung 1948
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt 1950-1962, 1965
GewArch	Gewerbe-Archiv 1959-1961, 1966
JW	Juristische Wochenschrift 1931 Teil I
JZ	Juristenzeitung 1951, 1954, 1958, 1963
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht 1956
NJW	Neue Juristische Wochenschrift 1950, 1952-1958, 1960-1965

RdK	Das Recht des Kraftfahrers 1953
PreußOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht, Entscheidungssammlung Bd. 100
PersV	Der Personenverkehr 1958-1960
-/-	Verkehr und Technik 1960
VRS	Verkehrsrechtsammlung Bde. 3, 5, 7-9, 12, 15
VRspr	Verwaltungsrechtsprechung Bde. 2, 4, 8, 9, 11, 12
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Luftrecht Bd. I (1927/1928)
ZLR	Zeitschrift für Luftrecht (bis 1959), 1954, 1959
ZLW	Zeitschrift für Luftrecht und Weltraumrechtsfragen (ab 1960)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1946 Bd. 65 NF

ABKÜRZUNGEN

a. E.	am Ende
aF	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
Bdratsdrucks.	Bundesratsdrucksache
Bdtagsdrucks.	Bundestagsdrucksache
EntwLuftVZO	Entwurf einer Luftverkehrszulassungsordnung (Stand zu verschiedenen Zeiten)
GastG	Gaststättengesetz
GüKG	Güterkraftverkehrsgesetz
GewO	Gewerbeordnung
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
LuftVO	Luftverkehrsordnung
LuftVZO	Luftverkehrszulassungsordnung
nF	neue Fassung
NfL	Nachrichten für Luftfahrer
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
RhPf	Rheinland-Pfalz
Richtlinien	Schreiben des Bundesministers für Verkehr vom 10. 8. 1955 an die Herren Verkehrsminister der Länder betr. Genehmigung von Luftfahrtunternehmen und Fluglinien
UnedlMetG	Gesetz über den Verkehr mit unedlen Metallen
WP	Wahlperiode
zit.	zitiert (bei)

EINFÜHRUNG

Das Gebiet des Luftrechts ist praktisch und theoretisch so weit wie der Luftraum selbst. Aus dem mit der Nutzung und Benutzung der Luftsphäre zusammenhängenden Problembereich stellt das Luft-Verkehrsrecht nur ein kleines, aber in seiner Wichtigkeit vielfach unterschätztes Teilgebiet dar. Wird doch auf seiner Grundlage der kommerzielle und (teilweise) militärische Luftverkehr zwischen und in den einzelnen Staaten geregelt. Damit ist bereits angedeutet, daß es ein nationales und ein internationales Luftverkehrsrecht gibt. Zu diesem zählen die zwei- und mehrseitigen Abkommen und Verträge der Staaten untereinander, zu jenen gehören die Gesetze und Verordnungen, die nur auf den innerstaatlichen Flugverkehr zugeschnitten sind. Lediglich dieser letzte Teil ist Grundlage der vorliegenden Arbeit.

Der gesamte Rechtskreis ist verhältnismäßig jung, nicht einmal so alt wie die Geschichte der Luftfahrt selbst. Man denke nur an Daidalos, den ersten Luftfahrer - Luftfahrzeugführer und Flugmaschine in einem -, und an den Sturz Ikaros', der ersten Luftfahrtunfall mit den heute bekannt-typischen Folgen - entstanden aus der Nichtbeachtung von Sicherheitsvorschriften. Tatsächlich handelt es sich hier um ein Rechtsgebiet, welches hinter der wirtschaftlichen - wenn auch nicht notwendig zugleich technischen - Entwicklung weitgehend herhinkt, ja ihr einen großen Vorsprung lassen muß. Es kann damit zwangsläufig niemals auf dem der Wirklichkeit entsprechenden Stand sein. So sind viele Probleme des Luftverkehrsrechts noch und immer wieder ungeklärt.

Der Normenbestand ist einigermaßen gering. Der erste Entwurf eines Luftverkehrsgesetzes wurde 1913 geschaffen. Die erste Verordnung betr. die vorläufige Regelung der Luftfahrt stammt vom 26. 11. 1918 (RGBl I 1337). Am 1. 8. 1922 erging das erste LuftVG (RGBl I 681). Dieses Gesetz erfuhr zwar im Laufe der Zeit einige Änderungen, bestand aber in seiner Grundkonzeption fort bis zu seiner Ablösung durch das neue LuftVG in der Fassung vom 10. 1. 1959 (BGBl I 9), jetzt in der Fassung vom 22. Oktober 1965 (BGBl I 1730). Daneben bestand seit dem 21. 8. 1936 eine Luftverkehrsordnung (RGBl I 659 = BGBl III 96-1-1), die in ihrem die Verkehrsvorgänge regulierenden Teil inzwischen ersetzt ist durch eine neue LuftVO vom 10. 8. 1963 (BGBl I 652) und in den übrigen Teilen ab 28. 9. 1964 durch eine Luftverkehrszulassungsordnung abgelöst worden ist (BGBl I 370).

Damit sind seit dem 10. 1. 1959 wieder neue Probleme entstanden, deren Bewältigung umso dringlicher ist, als sich gerade in unseren Tagen Wirtschaft, Technik und Verkehr in einer Weise entwickeln, die der Gesetzgeber nicht voraussehen, mit der er zumindest nicht gleichen Schritt halten kann.

Nur eine sehr genaue Kenntnis des bestehenden Rechtszustandes wird zur Lösung von Problemen und zur Beseitigung von Lücken führen. Zwar war die deutsche Luftfahrtentwicklung von 1945 bis 1955 fast bis zum Stillstand gehemmt; doch hat sie seither zusammen mit der übrigen Verkehrsentwicklung einen derartigen Aufschwung genommen, daß im Interesse einer einfachen und klaren Gestaltung des deutschen Luftverkehrsrechts alles der Rechtswissenschaft und Gesetzgebung Mögliche getan werden sollte. Es muß indessen darauf geachtet werden, daß nicht durch Übereifer oder Verkennung der Tatsachen bei beschleunigtem Handeln gerade das Gebiet der Luftfahrt unangemessene Einschränkungen erfährt, die einer zeit- und umweltbedingten Entwicklung nur hinderlich sind und dem historischen Fortschritt widersprechen.

Zur Klärung solcher Probleme soll diese Arbeit in dem ihr gesetzten Rahmen beitragen. Ihr Gegenstand ist die erläuternde Einordnung der §§ 20, 22 LuftVG in das System des allgemeinen rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts. Hierbei wird Grundlage sein das Problem eines Anspruchs auf Erteilung der Genehmigung zum Betrieb eines Gelegenheitsluftverkehrsunternehmens.

TEIL A

GRUND UND VORAUSSETZUNGEN FÜR EINEN ANSPRUCH AUS §§ 20, 22 LuftVG

§ 1 GRUND UND ALLGEMEINE VORAUSSETZUNGEN

1. GRUNDSATZ DER FREIHEIT

a) Gesetzliche Schranken

"Die Benutzung des Luftraums durch Luftfahrzeuge ist frei". Unter diesem Leitmotiv in seiner spezialrechtlichen Ausformung von im Bonner Grundgesetz proklamierten Prinzipien, vorab Artt. 2 und 12 GG, steht das Luftverkehrsgesetz in seiner ersten Neufassung vom 10. Januar 1959 ¹⁾, § 1 Abs. 1 LuftVG ²⁾. Im gleichen Atemzug weist das Gesetz jedoch auf die von ihm selbst errichteten Schranken hin. Vor dem "freien" Flug sind Eintragungen, Erlaubnisse, Zulassungen und Genehmigungen erforderlich. Sie beschneiden die Freiheit zunächst einmal empfindlich. - So hängen auch der Betrieb von Luftfahrtunternehmen, die gewerbsmäßige Verwendung von Luftfahrzeugen für sonstige Zwecke und die selbstkostenentgeltliche Beförderung von Personen und Sachen durch Luftfahrzeuge ³⁾ von einer zwingend vorgeschriebenen ⁴⁾ Genehmigung ab, § 20 Abs. 1. Ohne sie kann der Bewerber seine Freiheit nicht verwerten.

Das Luftverkehrsgesetz kennt zwei grundverschiedene gewerbliche Verkehrsarten: den Fluglinienverkehr; er findet seine Spezialregelung in der Vorschrift des § 21; und den Gelegenheitsverkehr, der einer grundsätzlichen Sonderregelung entbehrt, aber mit Hilfe der Vorschrift des § 22 einer gewissen verkehrspolitischen Lenkung unterworfen wird.

1) BGBl I 1959 S. 9 ff.

2) zitierte Vorschriften ohne Gesetzesangabe sind im folgenden solche des Luftverkehrsgesetzes.

3) letzteres in bestimmten Grenzen, vgl. § 20 Abs. 1 S. 4 2. Hs.

4) "bedürfen", "bedarf", "unterliegt" der Genehmigung.

Diese beiden gewerbsmäßig betriebenen Modalitäten des Luftverkehrs bilden zugleich seine tragenden Säulen. In erster Linie ihnen obliegt die Beförderung von Personen und Sachen auf dem Luftwege im Inland und über seine Grenzen. Der sogenannte "allgemeinen Luftfahrt" - im wesentlichen die nichtgewerbliche Privat- und Sportfliegerei - kommt daneben eine vergleichsweise nur geringe Bedeutung zu.

Beide Formen des gewerblichen Luftverkehrs unterliegen der allgemeinen Genehmigung nach § 20. Die Vorschrift unterscheidet nicht zwischen ihnen. Wie sich aus einem Vergleich des Wortlauts der §§ 20 und 22 ergibt, wird der Gelegenheitsverkehr von § 20 ebenso erfaßt wie der Linienverkehr, obgleich letzterer einer zusätzlichen Genehmigung nach § 21 bedarf. - Das Problem der vorliegenden Arbeit wird es sein zu ermitteln, ob ein Antragsteller einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung zum Betrieb eines Gelegenheitsluftverkehrsunternehmens hat und - wenn das zu bejahen ist - unter welchen Voraussetzungen und mit welchem Inhalt. Es gilt deshalb, den Gelegenheitsverkehr in seinen verschiedenen Phänotypen vom Linienverkehr zu scheiden. Seine Eigenart wird sich dann aus einer Durchleuchtung der unterschiedlichen Genehmigungsgegenstände ergeben.

Die Begriffe "Linienverkehr" und "Gelegenheitsverkehr" sind zu dem Zwecke zu deuten. Es wird Aufgabe sein, beide termini mit Leben zu erfüllen, sie über die sprachlich unvollkommenen Legaldefinitionen der §§ 21, 22 hinaus¹⁾ auch ihrem Inhalt nach einander gegenüberzustellen und ihren begrifflichen Zusammenhang zu klären.

Da die Vorschrift des § 20 eine ganze Reihe verschiedener Genehmigungsgegenstände umfaßt, ist der innere Zusammenhang dieses Komplexes zur Ermittlung dessen, was speziell dem Gelegenheitsluftverkehr einzuordnen ist, aufzuhellen. Der rechtssatzmäßige Gehalt der Vorschriften der §§ 20 bis 22 bildet keine voneinander isolierten Einzelsysteme. Die Ermittlung dieser inneren Abhängigkeiten und Verbindungen der Normen untereinander wird zur Auslegung heranzuziehen sein (systematische Interpretation). - Die Entwicklungsgeschichte²⁾ der

-
- 1)- Die Problematik einer Interpretation der Rechtsordnung ergibt sich aus Abweichungen des Ausdrucks vom Ausdrucksgegenstand, aus Unvollkommenheiten und Unschärfen des Sprachgebrauchs; vgl. hierzu Schneider; Prinzipien, S. 5, auch Larenz S. 234. Der Mensch ist unfähig, die Wirklichkeit zu erfassen und ihrem Wesen gemäß darzustellen; alle Auslegung ist Annäherung.
 - 2) Der objektiven Methode wird damit keineswegs der Vorrang streitig gemacht; vgl. Schneider aaO S. 8 ff/ 10 ff, auch Esser S. 176 f und Larenz S. 240 f.

Vorschriften und ihr Zweck, die ratio legis, werden zur Vermittlung einer Gesamtschau der §§ 20, 22 beitragen können. Vor allem das gesetzgeberische Ziel darf "als letztlich entscheidendes, weil eigentlich wertendes Auslegungsmittel"¹⁾ nicht unbeachtet bleiben.

b) Schranken der Gewerbefreiheit

Das LuftVG zeigt sich in seinem öffentlich-rechtlichen Teil ²⁾ als Unterfall eines Gebietes des besonderen Verwaltungsrechts, nämlich des Verkehrsgewerberechts. Dieser besondere Rechtsbereich ist seit jeher für den einzelnen Interessenten ohne behördliche Erlaubnis bzw. Genehmigung kaum zugänglich gewesen. Er ist es in einer Zeit zunehmender staatlicher Wirtschaftslenkung umso weniger ³⁾. Desto nachdrücklicher stellt sich die Frage des Bestehens und der Voraussetzungen eines Anspruchs gegen den Staat, den Zugang zu den einzelnen Gewerbezeigen zu eröffnen. Denn daß es sich bei der obligatorischen Genehmigung zunächst einmal um eine - behebbare - Sperre handelt, bedarf keiner Ausführungen ⁴⁾.

2. ANSPRUCHSGRUNDLAGE

Das zwingende Erfordernis einer Genehmigung zum Betrieb eines Luftverkehrsunternehmens auf dem Sektor des gewerblichen Gelegenheitsverkehrs läßt den Bewerber nach einem Anspruch auf diese Genehmigung fragen.

Den Grundsatz der "freien Luftfahrt" schränkt die gesetzlich normierte Genehmigungspflichtigkeit der gewerblichen Teilnahme ein. Ein Anspruch auf Erlaubniserteilung würde diese Schranken heben. Dem stehen wiederum die besonde-

- 1) vgl. v. Mang.-Klein Einl. IV 6 (S. 9); im übrigen zur Interpretationsmethode aaO S. 8; BVerfG Urt. v. 21. 5. 1952 in E 1/299 ff (312); Larenz S. 241 ff und 258 f, Schneider aaO S. 1 f mit weiteren Nachweisen.
- 2) Erster und dritter Abschnitt des Gesetzes.
- 3) Gewerberechtliche Erlaubnisse und Genehmigungen sind erforderlich z. B. nach der GewO; u. a. §§ 16, 30 ff., 55 ff.; GastG § 1; MilchG §§ 14 u. 35; UnedlMetG § 1; u. a. m.; insbesondere aber nach dem GüKG §§ 8, 80, 90 und dem PBefG § 2.
- 4) Kormann, S. 99, bezeichnet deshalb zu Recht die Erlaubniserteilung als die "Verleihung eines Dürfens".

ren gesetzlichen Voraussetzungen entgegen, deren Erfüllung den möglichen Anspruch überhaupt erst durchsetzbar gestaltet. - Demnach stellt sich vorab die Frage, inwiefern überhaupt die Genehmigungspflicht notwendig und rechtlich zulässig ist, ob sie nicht die "Freiheit der Luft" unrechtmäßig schmälert. Daran anschließend wird zu untersuchen sein, in welcher Form sich die Genehmigung ihrer Natur nach in das System des allgemeinen rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts eingliedern läßt: Verleihung eines Privilegs oder Schutzmaßnahme. - Ohne diese Analyse kann weder etwas darüber ausgesagt werden, ob einem Bewerber ein Recht zum Fordern der Erlaubnis zusteht, noch welche besonderen Voraussetzungen er bis zur Realisierbarkeit eines Anspruchs zu erfüllen hat.

Als Grundlage für einen solchen Anspruch kommt die Eingangsvorschrift des § 1 in Betracht. Sie weist auf die für jedermann existente Freiheit des Luftraums und seine Benutzung hin. Ihr wohnt damit der Anspruch des einzelnen, sich dieser Freiheit bedienen zu dürfen, naturgemäß inne. Zugleich deutet die Vorschrift auf die Grenzen und Ausnahmen hin, die eben diese Freiheit einengen und dem auf sie gegründeten Anspruch ein striktes Halt, ein "Nicht-Dürfen"¹⁾ entgegenhalten. Die Normen der §§ 20, 22 sind deshalb an der Verfassung und insbesondere an Art. 12 Absatz 1 GG zu messen. Erst nach dieser Läuterung wird sich zeigen, in welcher Gestalt der Grundanspruch aus § 1 fortbesteht, und welche Hindernisse bis zu seiner Erfüllbarkeit überwinden zu müssen rechtens ist.

3. GENEHMIGUNGSZWANG UND BERUFSFREIHEIT

Genehmigung bedeutet Abhängigkeit des Berufsbewerbers²⁾ im Beginn und auch im Fortbestand seines Berufs von der Erfüllung gewisser besonderer Voraussetzungen. Diese selbst und ihre Zulässigkeit sind an anderer Stelle zu prüfen. Hier geht es lediglich darum, ob für den Beginn einer gewerblichen - verkehrsgewerblichen - luftverkehrsgewerblichen - gelegenheitsluftverkehrsgewerblichen Betätigung Voraussetzungen überhaupt erfüllt werden müssen, die die zuständigen Behörden vor einer Genehmigung zu prüfen haben, oder ob eine staatliche Kontrolle während der Berufsausübung mit Rücksicht auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Rahmen des Erforderlichkeitsprinzips und des Übermaßverbots genügt³⁾.

1) vgl. Anm. 4 von Seite 3.

2) Es geht vorliegend nur um die berufsrechtliche Genehmigung, nicht z. B. um eine i. S. d. BBauG (§§ 19 ff., 29 ff.).

3) vgl. hierzu die vom BVerfG entwickelte "Stufentheorie" in seinem Urt. v. 11. 6. 58 ("Apothekenurteil") in BVerfGE 7/377 ff., insbes. S. 405.

a) Sicherheitliche Erwägungen im Verkehrswesen

Es steht heute außer Streit, daß in ganz bestimmten Fällen ein Genehmigungsverfahren als zwar umständlich und für beide Teile unbequem, aber unumgänglich anzusehen ist ¹⁾. Sowohl die im gegebenen Zusammenhang weniger bedeutsamen gewerblichen Normierungen des GastG, des UnedlMetG und der GewO ²⁾ u. a. als auch insbesondere das GuKG ³⁾ und das PBefG ⁴⁾ setzen vor den Unternehmensbeginn die obligatorische Genehmigung. Sie wird in diesen Fällen durchweg für zulässig gehalten; Rechtfertigungsgrund für diese Regelung in den hier allein vergleichbaren Verkehrsgesetzen ist die Sicherheit des öffentlichen Verkehrs, des Individuums und der Gemeinschaft ⁵⁾. Inwieweit eine Beteiligung am Transportverkehr zu Lande kontingentiert werden darf, kann hier dahinstehen. Die Forderung nach betriebs sicheren Fahrzeugen läßt eine Genehmigung bzw. Erlaubnis zum Beginn des Betriebs und nach entsprechender vorheriger Prüfung als hinreichend gerechtfertigt erscheinen. - In diesem Zusammenhang weist Sieber ⁶⁾ zutreffend darauf hin, daß nur irgendwie 'mögliche' Gefährdungen des Einzelnen oder der Gemeinschaft nicht ausreichen können und dürfen, um dem potentiellen Verkehrsunternehmer Hindernisse zu bereiten. Denn geht es - wie hier - um die allgemeine Sicherheit vor Schädigungen, so sind die tragenden Gesichtspunkte des allgemeinen Polizeirechts heranzuziehen. Für das Drohen ⁷⁾ oder das Bestehen ⁸⁾ einer Gefahr genügt danach nicht nur die theoretische Möglichkeit ihres Eintritts. Erforderlich ist vielmehr die anhand der gegebenen Sachlage nach der Lebenserfahrung zu beurteilende große Wahrscheinlichkeit - nicht notwendig auch Gewißheit - für den Eintritt der Gefahr ⁹⁾ ¹⁰⁾. - Die ungezügelte Zulassung von unsachlichen und persönlichen Bereich ungeeigneten Bewerbern müßte sonach zu un-

1) Über S. 111.

2) vgl. Anm. 3 S. 3.

3) vom 17.10.52 i. d. F. v. 8.6.64, §§8, 80, 90.

4) Fassung vom 21.3.61, § 2.

5) vgl. Über S. 203; Sieber S. 80; allgemein auch die Entscheidung des BVerfG zu § 9 PBefG i. d. F. v. 12.9.55 in PersV 60/156 f.

6) S. 80.

7) vgl. z. B. § 1 Abs. 1 S. 1 PVG RhPf v. 26.3.54 (GVBl 54/31), nahezu wörtlich aus § 14 PreußPVG übernommen.

8) vgl. § 10, Teil II, Titel 17 (§ 10.II 17) des PreußALR.

9) ähnlich Drews-Wacke S. 56/57.

10) es muß eine "Vermutung" für die Gefahr sprechen i. S. P. Schneiders I. d. pro lib. S. 265, die ihrerseits wiederum als Funktion abhängig ist von der "Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen und seiner Freiheit"; vgl. etwa P. Schneider aaO S. 289 oben.

mittelbaren, akuten Gefährdungen für die Allgemeinheit führen ¹⁾. Daß diese Voraussetzungen im Bereich des Straßenverkehrs erfüllt sind, läßt sich nicht ernsthaft bestreiten ²⁾. Eine lediglich erst während der Betätigung einsetzende staatliche Kontrolle vermag deshalb nicht mehr hinlänglich zu sichern; sie entbehre des erforderlichen umfassend-präventiven Charakters und sänke in erster Linie zur bloßen Repressivsicherung ab.

b) Gefahren der Luftfahrt

Eine andere Frage ist es, ob diese Momente auch auf dem Gebiete der Luftfahrt Geltung erzwingen und damit den Genehmigungszwang erfordern. - In Berichten und Statistiken wird immer wieder hervorgehoben, die Luftfahrt sei - aus mannigfachen technischen Gründen und auch an der Zahl der Unfälle pro Flugstreckeneinheit gemessen - erheblich sicherer und bei weitem weniger unfallgefährdet als der Straßenverkehr. Diese Angaben mögen zutreffen. Die Quellen aber verkennen, daß der technische Fortschritt und die daraus resultierende Verkehrssicherheit nicht allein den Technikern zu verdanken ist. Vielmehr liegen gerade im Bereich der Luftfahrt überaus strenge staatliche sachliche und persönliche Kontrolle und Beaufsichtigung seit langem zugrunde ³⁾. Sie erst haben zu diesem Ergebnis geführt und sich dadurch selbst gerechtfertigt. Tatsächlich wäre es ein Fehler, die grundsätzlichen und bei den hin und wieder sich ereignenden vielfach als Katastrophen endenden Unfällen schlaglichtartig erkennbaren Gefahren der Luftfahrt gering zu schätzen. Sie sind im Gegenteil erheblich schwerwiegender als die jeder anderen Verkehrsart. Den Gefährdungen des Land- und Wasserverkehrs kann man regelmäßig sehenden Auges begegnen und ihnen in gewissem Umfange ausweichen. Zumindest bewegen sich diese Gefahren in der gleichen gewohnten Dimension wie das eigene Leben auch. Unfällen im Bereich der Luftfahrt hingegen steht der völlig unbeteiligte Dritte normalerweise ohne Gelegenheit auch nur der geringsten Vorsichtsmaßnahme gegenüber. Die

-
- 1) Diese Forderung erheben auch Paas S. 121 und OVG Münster in JZ 51/278 und 428²⁾.
 - 2) vgl. u. a. nur die in ihrer grundsätzlichen Zulässigkeit nicht angezweifelten Vorschriften der §§ 42 m StGB, 2 und 3 StVZO.
 - 3) eigentlich von Anbeginn der Luftfahrt an; und zwar anfangs aus stärkstem - wohl auch berechtigtem - Mißtrauen gegenüber den zunächst allzu gebrechlichen und in keinem Détail ausgereiften Flugapparaten - nicht so sehr zum Schutze der zunehmend massenweise beförderten und überflogenen Personen und Sachen.

Gefahr droht hier aus einer Dimension, in der sich der Mensch ohne komplizierte technische Hilfsmittel nicht bewegen kann, mit der er wenig vertraut ist, der er deshalb - sei es als Passagier, sei es vor allem als Dritter am Boden - vollkommen hilflos gegenübersteht. Allein unter diesen Gesichtspunkten ¹⁾ erscheint die Erlaubnis- und Genehmigungspflichtigkeit in der Luftfahrt gegenüber der des Personenbeförderungsgesetzes und des Güterkraftverkehrsgesetzes mehr als gerechtfertigt ²⁾.

c) Abgrenzung des Gelegenheitsluftverkehrs

Es fragt sich aber weiter, inwieweit diese Gesichtspunkte nun auch für den Gelegenheitsluftverkehr zutreffen.

Da im Rahmen der vorliegenden Arbeit nur die Rechtsnatur des Gelegenheitsverkehrs und seiner Genehmigung in Rede steht ³⁾, bedarf es zunächst der Unterscheidung zwischen dieser Verkehrsart und den sonstigen Genehmigungsgegenständen des § 20. Diese Gegenstände sind nach dem Wortlaut des Gesetzes den termini nach verschieden; ihr Inhalt erhellt nicht unmittelbar. Es ist aber auch zumindest möglich, daß sich einige im Gesetz unterschiedene Gegenstände in Wirklichkeit überschneiden und in das Gebiet des Gelegenheitsverkehrs hineinspielen ⁴⁾. - Zum Verständnis einerseits und zwecks scharfer Erfassung des Gelegenheitsluftverkehrs und damit zur Feststellung der Grundlagen andererseits sind im folgenden die wichtigsten Begriffe der §§ 20 und 22 zu erläutern.

aa) Fluglinienverkehr

Vorab ist der Gelegenheitsluftverkehr vom Linienluftverkehr abzugrenzen ⁵⁾, und dabei sind zunächst die Merkmale des Linienverkehrs herauszustellen.

- 1) auf die sich besonders Lätsch, S. 60, bezieht.
- 2) vgl. die Vorschriften der §§ 2, 3, 4, 5, 6 ff., 24, 25, 27 LuftVG.
- 3) neben einer allgemeinen Erläuterung der §§ 20, 22.
- 4) wie sich zeigen wird z. B. an § 20 Abs. 1 S. 4 über S. 1 - in § 22.
- 5) § 11 LuftVG aF, der heute durch die §§ 20 - 24 LuftVG nF ersetzt ist, kannte keine Unterscheidung zwischen Linienverkehr und Gelegenheitsverkehr. Beide Verkehrsarten haben sich erst in den Nachkriegsjahren zu derart verschiedenen selbständigen Beförderungszweigen entwickelt, daß eine Trennung in der rechtlichen Behandlung ähnlich dem PBefG vom 6. 12. 37 notwendig wurde.

Es ist unzweifelhaft, daß es sich nur um entgeltliche, gewerbsmäßige Beförderungen handeln kann. Davon geht auch § 21 aus, indem er bestimmt, daß der Fluglinienverkehr außer der besonderen und zusätzlichen Liniengenehmigung nach § 21 Abs. 1 ebenso wie jeder andere gewerbsmäßige Beförderungsverkehr einer Genehmigung nach § 20 Abs. 1 bedarf. Insoweit wiederholt § 21 Abs. 1 S. 1 den Wortlaut des § 20 Abs. 1 S. 1, fügt jedoch als besondere Kennzeichen des Linienverkehrs den öffentlichen und regelmäßigen Betrieb auf bestimmten Linien hinzu, sowie die Beförderungspflicht, Abs. 2.

Der Gesetzestext enthält an dieser Stelle eine Reihe normativer Begriffe. Sie werden weder im Luftverkehrsgesetz noch in der Luftverkehrszulassungsordnung definiert. Einer derartigen inhaltlichen Festlegung hätte es indessen besonders für den seit langem auch in internationalen Gremien nicht unumstrittenen Begriff "regelmäßig" bedurft ¹⁾.

Die "Öffentlichkeit" der Beförderung hat in der Regel nichts anderes zum Inhalt als die öffentliche Ankündigung der Flüge, die Teilnahmemöglichkeit für jedermann und die Beförderungspflicht des Unternehmers.

Teilnahmemöglichkeit für jedermann und grundsätzlich auch für jedes Gut bedeutet, daß selbst bei gelegentlicher Beförderung geschlossener Gruppen im flugplanmäßigen Flugzeug jeder andere gruppenfremde Reiselustige am Flug teilnehmen kann, sofern noch buchungsfähige Plätze frei sind.

Beförderungspflicht heißt grundsätzlich Kontrahierungszwang für den Unternehmer dem jeweiligen Reisenden gegenüber ²⁾.

Was "regelmäßig" bedeutet, läßt sich weder aus der auf diesem Begriff gründenden Spezialvorschrift des § 21 Abs. 1 S. 1 entnehmen, noch durch Gegenschluß aus der *lex contraria* des § 22 ermitteln. Für einen Gegenschluß muß zunächst der Grundbegriff festliegen; und gerade dieser würde vorliegend das negativ gestaltete Gegenteil des zu bestimmenden Begriffs darstellen. Abgesehen von den beiden genannten Normen schweigt das Gesetz. Auch aus der *ratio legis* erhellt

-
- 1) dies gilt insbesondere zum Zwecke einer Definition des Begriffs der Unregelmäßigkeit, der als negativum logisch aus der Positiv-Form abzuleiten wäre; vgl. dazu unter "Gelegenheitsverkehr", siehe unten bb).
 - 2) im übrigen muß das Thema "Beförderungspflicht" einer gesonderten Arbeit überlassen bleiben; (vgl. zum Begriff "öffentlich" die Darstellung beim Gelegenheitsverkehr, da der Begriff hier keiner Klärung bedarf); erst das Gesetz z. Änderung des LuftVG v. 25. 7. 64 (BGBl I 529) hat die Beförderungspflicht für Luftlinienunternehmen positivrechtlich normiert, § 21 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 LuftVG.

nichts, handelt es sich doch um einen Grundbegriff, der erst seinerseits notwendig ist für die hier nicht problematische *ratio legis*. - Auch entstehungszeitliche Faktoren helfen nicht weiter; die Materialien ergeben nichts; der Begriff ist offensichtlich bei der Neufassung des LuftVG¹⁾ als bisher schon der Ausfüllung bedürftig und auch zur Zeit seiner Aufnahme in das Gesetz nicht sicher definierbarer in die Norm eingegangen; sein Inhalt ist also zweifelhaft und harrt weiterhin der systematisch zutreffenden Deutung.

Es ist sonach zu fragen, was der Gesetzgeber heute gesagt haben würde, müßte er "regelmäßig" jetzt definieren. Hier hilft einerseits ein Blick auf die Fachliteratur und die Ansicht für Luftfahrt zuständiger Stellen sowie andererseits ein Vergleich mit weiteren verkehrsrechtlichen Parallelregelungen.

"Regelmäßig" finden Flüge dann statt, wenn sie zu regelmäßig wiederkehrender, fahrplanmäßig festgesetzten und bekanntgegebenen Abflugzeiten auf vorher festgelegten Strecken vorgenommen werden²⁾. Damit ist freilich nur ein grober Rahmen gegeben, in den das eigentliche Kriterium für die Regelmäßigkeit einzubauen ist. - Wir sahen, daß ein wichtiger Bestandteil die Flugplanmäßigkeit ist. Mit Recht herrscht jedoch die Ansicht, der flugplanmäßige Betrieb müsse wenigstens für eine nicht ganz unerhebliche Zeit durchgeführt werden, um Linienverkehr sein zu können³⁾. Was unter "nicht ganz unerheblicher Zeit" zu verstehen ist, entnehmen wir der Abhandlung A. Meyers⁴⁾, in der er Erklärungen des CAB der USA⁵⁾ zitiert; danach müssen zehn Hin- und Rückreisen im Monat zwischen den gleichen Punkten als Linienverkehr gelten, jedenfalls nicht mehr als außerordentlicher, gelegentlicher und seltener Dienst (*casual, occasional and infrequent service*). Der CAB stellt auf eine "vernünftige Regelmäßigkeit" ab (*a pattern of service involving reasonable regularity*). Als regelmäßig bezeichnet er: 1. Einzelflüge, die jede Woche am gleichen Tag zwischen den gleichen Punkten ausgeführt werden (Punkt ist der Flughafen und das ihn im Umkreis von 25 Meilen umgebende Gebiet); 2. Zwei Hin- und Rückflüge oder mehr als zwei Hinflüge in der Woche zwischen den gleichen Punkten, die während mehrerer Wochen hintereinander ausgeführt werden.

1) s. o. Anm. 5 Seite 7.

2) ähnl. Schleicher-Abraham Anm. 2 zu Art. 5 ICAO-Abk. und Abraham, Bd. II, Anm. 4 zu § 21; vgl. auch Artt. 6 und 96 ICAO-Abk.

3) So Schleicher-Abraham Vorbem. S. 238 Anm. 2; ähnl. wohl neuestens auch BVerwG Urt. v. 13. 11. 64 in NJW 65 I 778 ff. m. Anmerkungen von Köhnecke und Heinze *ibid*.

4) Meyer in ZLR 54/238 ff.

5) Civil Aeronautics Board.

Zum anderen sei ein Blick auf die neue "Schweizerische Automobilkonzessionsverordnung" vom 4.1.1960 ¹⁾ gestattet, die in Art. 2 als "regelmäßig" solche Fahrten bezeichnet, die entweder in bestimmten Zeitabständen zwischen den nämlichen Orten wiederholt werden (a), oder die zwar nicht in bestimmten Zeitabständen, jedoch planmäßig wenigstens einmal wöchentlich zwischen den nämlichen Orten wiederholt werden (b), oder endlich Fahrten, die am gleichen Tag mehrmals zwischen den nämlichen Orten ausgeführt werden (c); bestimmte Zeitabstände liegen auch vor, wenn die Fahrzeiten nicht eingehalten werden und einzelne Fahrten ausfallen; es besteht jedoch keine Regelmäßigkeit mehr, wenn sich die Fahrten in Zeitabständen, die 15 Tage überschreiten, wiederholen; Regelmäßigkeit tritt mit der dritten Ausführung der gleichen Fahrt ein ²⁾.

Wir sehen hier eine weitgehende Übereinstimmung zwischen der Auffassung des CAB der USA und dem Schweizerischen Gesetzgeber, wenn auch letzterer in erfreulicher Differenziertheit die Anwendung der Sätze erleichternde Einzelheiten bietet. - Liest man statt "Fahrten" "Flüge", so läßt sich kaum eine bessere Definition der Regelmäßigkeit finden, und ihrer Anwendung im deutschen Luftverkehr stehen keine Bedenken entgegen, da sich Land- und Luftverkehr in dieser Hinsicht nicht voneinander unterscheiden. - Allerdings ist eine sich im Rahmen obiger Definition ergebende zufällige Regelmäßigkeit auszuschließen. Es ist kein Anlaß ersichtlich, warum die Anwendung der strengeren Linienvorschriften vom bloßen Zufall abhängen sollte - zumal von einem Zufall, der erst später während des Betriebes sich ergeben könnte und weder erwünscht noch "beabsichtigt" ist. - Es kommt vorliegend jedoch nicht auf eine weitere abschließende Festlegung an; für den Linienverkehr sollen nur die wesentlichen Faktoren eingeordnet werden. Über die "Zufälligkeit" ist daher auf die Untersuchung des

-
- 1) zit. bei Fromm: Das neue Schweizerische Personenbeförderungsrecht, in "Verkehr und Technik" 1960 S. 263.
 - 2) zit. bei Fromm aaO; abweichend oder in Unkenntnis dieser u. E. vorbildlich klaren und sowohl theoretisch als auch vor allem in der Praxis leicht anwendbaren Regelung hat der Rechtsausschuß des Luftfahrtbeirats des Herrn Bundesmin. f. Verkehr noch in seiner 4. Sitzung am 17. 4. 1961 in Ffm. erklärt, der Begriff der Regelmäßigkeit lasse sich abstrakt nicht fassen (vgl. ZLW Bd. X S. 193 f., aus 1961). Zuzustimmen ist lediglich insoweit, als es in der Tat Grenzfälle geben wird (wie im übrigen bei jeder Definition), die sowohl als regelmäßig wie auch als unregelmäßig aufgefaßt werden könnten. -

Mehr auf das subjektive Moment der Wiederholungsabsicht im Sinne der Gewerbsmäßigkeit stellt es das BVerwG ab, Urteil vom 26. 6. 1964, in BVerwGE 19/61 ff.

Gelegenheitsverkehrs zu verweisen, denn der Zufall bei möglicher Regelmäßigkeit wesenseigen ist.

Nachdem diese beiden Begriffe (öffentlich, regelmäßig) des § 21 Abs. 1 S. 1 soweit hier erforderlich geklärt sind, bleibt hier noch eine Lücke in dieser Vorschrift festzustellen. Zwar wird von gewerbsmäßiger Beförderung gesprochen; diese enthält den Hinweis auf die Entgeltlichkeit. Doch ist ein unverkennbares Merkmal des Linienbetriebes der festgelegte Beförderungstarif; § 21 Abs. 1 S. 2 unterstellt die Preise der Genehmigung. Es gibt vereinzelt Gelegenheitsverkehre unter Tarifsätzen, doch keinen Linienverkehr ohne sie. - Es wäre de lege ferenda daher neben einer Begriffsbestimmung der Linienmerkmale auch eine Einfügung des Beförderungstarifs als Linienmerkmal zu empfehlen, z.B. in der LuftVZO; § 32 Abs. 2 LuftVZO sagt dazu nichts. Voraussetzung ist freilich, daß nicht auch der Gelegenheitsluftverkehr einer generellen Tarifbindung unterworfen wird.

Wenn ein Flugverkehr die drei Voraussetzungen; auf bestimmten Linien, d.h. zwischen zwei oder mehreren festgelegten Punkten, öffentlich, regelmäßig und zu den festgesetzten - genehmigten - Tarifsätzen erfüllt, so handelt es sich um Linienverkehr.

bb) Gelegenheitsluftverkehr

Die Legaldefinition für Gelegenheitsverkehr wird in § 22 mit "gewerblicher Luftverkehr, der nicht Fluglinienverkehr ist (...)" getroffen. Ähnlich negativ drückt sich das neue Personenbeförderungsgesetz vom 21.3.1961 in seinem § 46 Abs. 1 aus; vgl. auch das PBefG aF in seinem § 2 Nr. 3. - Mit der rein negativen Formulierung wird über das Wesen und die wirklichen Merkmale des Gelegenheitsverkehrs nichts gesagt. Die Fassung vermag nicht zu befriedigen. In der Gesetzesanwendung ergeben sich immer wieder Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Beurteilung der Frage, ob es sich noch um Gelegenheitsverkehr oder bereits um Linienverkehr handelt. Schon die Entwürfe für eine LuftVZO und diese selbst, die gemäß ihrem Charakter als gesetzesausführende Verordnung generelle Aussagen des Gesetzes näher zu umreißen bestimmt ist¹⁾, vervollständigen das Gesetz nicht. - Es ist freilich zuzugeben, daß der Gelegenheitsluftverkehr in Europa von nicht ganz unerheblich geringerer Bedeutung ist als der Fluglinienverkehr; aber immerhin ist gerade er wirtschaftlicher Ausdruck der Notwendigkeit, Individualinteressen und -bedürfnisse anzuerkennen; er trägt also dem Inhalt des Art. 2 GG insofern Rechnung, als er dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit eine Vollzugsmöglichkeit zur Seite stellt. Er kommt der Privatinitiative des Einzelnen er-

1) Giacometti S. 273, 257.

heblich stärker entgegen als der bestausgebaute Linienverkehr. Seine wirtschaftliche oder rechtliche Vernachlässigung oder gar bewußte Benachteiligung kommt somit einem verfassungswidrigen Verhalten zumindest nahe.

Daraus ergibt sich schon, daß er als Massenverkehrsmittel bedeutungslos ist, daher auch als besondere Verkehrsart nicht auf gleicher Ebene mit dem Linienverkehr steht. Damit soll nichts über die gleiche Berechtigung der Verkehrsarten gesagt sein; wie die eine der großen Masse und damit bis zu gewissem Grade der Öffentlichkeit dient, will die andere den Ansprüchen einzelner Mitglieder dieser Menge genügen und so ein gleichsam dynamisches Element bilden in der Gleichartigkeit des gesamten Beförderungsverkehrs.

Zu dem Versuch einer - wenn auch aus seiner Natur heraus schwer möglichen positiven - wenigstens in der praktischen Anwendung verwertbareren Bestimmung des Begriffs ist vorab noch auf die verschiedenen Arten des Gelegenheitsluftverkehrs kurz einzugehen. - Deutschland verwendet allgemein den Ausdruck "Gelegenheitsverkehr" und faßt darin mannigfache Variationen zusammen. Der angelsächsische Sprachgebrauch bedient sich der Bezeichnungen "non-scheduled transport", "charter transport", "contract transport"; französisch "transport à la demande", "service nolisé", "transport non-régulier" ¹⁾. Das deutsche Schrifttum kennt zwei weitere Ausdrücke, von denen der eine, "Taxi-Verkehr", der wohl ältere und gebräuchlichere ist. Indessen ist Riese ²⁾ darin zuzustimmen, daß er, in Anlehnung an das städtische Taxi, nur für die Personenbeförderung zutrifft und auf eine Bestellung durch den zu Befördernden hinweist ³⁾. Im Gegensatz dazu bezeichnet "Tramp-Verkehr" - aus der Terminologie der Schifffahrt - den Waren- und Güterverkehr auf das Angebot des Beförderungsunternehmers hin. Eine strenge Unterscheidung ist freilich nicht möglich.

Wohl ließe sich eine andere Definition vertreten;

"Gelegenheitsverkehr" als Bezeichnung aus der Sicht des Unternehmers, da er nur bei passenden an ihn herangetragenen Gelegenheiten tätig wird,

"Anforderungsverkehr" aus der Sicht des Bestellers, da der Unternehmer nur auf seine Anforderung hin befördert, bzw. nur dann, wenn sich genügend Interessenten für einen angekündigten Flug melden.

Diese nur terminologische Abgrenzung hilft indessen nicht weiter.

1) vgl. Meyer ZLR 54/238; Riese S. 163.

2) S. 162.

3) so auch die "Richtlinien" v. 10.8.55, 1. Abschn. I 2 c; Anforderungsverkehr: "Bei der Beförderung von Personen wird dieser Verkehr auch "Taxi-Verkehr" genannt".

Da der Fluglinienverkehr in § 21 Abs. 1 S. 1 nach Maßgabe des § 20 Abs. 1 S. 1 legaldefiniert ist durch eine "öffentliche und regelmäßige" Beförderung "auf bestimmten Linien", muß Gelegenheitsverkehr gemäß § 22 alles das sein, was zwar ebenfalls entgeltlich gewerbsmäßig¹⁾, aber unter Nichteinhalten auch nur eines der drei Unterscheidungskriterien als Beförderung durch die Luft betrieben wird.

Die Frage lautet deshalb: welchen für den Linienverkehr wesentlichen Inhalt hat jede der drei Voraussetzungen aufzuweisen, und warum ist der Mangel auch nur einer von ihnen eigentümlich für den Gelegenheitsluftverkehr?

Auszugehen ist von einem öffentlichen und regelmäßigen Flugverkehr²⁾, der sich nicht auf bestimmten Linien abwickelt. Das wäre eine Beförderung ohne von vornherein hinreichend erkennbare Start- und Zielpunkte. Sie zu bestimmen läge allein vielmehr in der Hand des Kunden, von der Unmöglichkeit zu Start und Landung auf gewissen Plätzen oder mangels Flugplatz einmal abgesehen. Diese Möglichkeit ist zwar theoretisch denkbar, praktisch aber wird sie wohl nicht realisiert werden. Wer öffentlich und regelmäßig fliegt, wird kaum ohne feste Streckenführung arbeiten; dann aber handelt es sich ipso iure um Linienverkehr. - Doch hier zeigt sich bereits ein Moment, welches beim Linienverkehr unter keinen Umständen erscheint: die Beeinflussbarkeit des Verkehrsvorganges durch den Kunden. Sie ist mithin ein überaus unterscheidungserhebliches Merkmal und reicht zur Ablehnung eines Linienverkehrs voll aus. - Es ist also festzuhalten: ohne Linie - ohne eine von vornherein und auf längere Dauer unbeeinflussbare Streckenführung der Flugroute - kein Fluglinienverkehr; dann über § 22: Gelegenheitsverkehr.

Nächster Blickpunkt ist ein regelmäßiger Verkehr auf bestimmten Linien, aber ohne öffentlich stattzufinden. Zu denken ist etwa an die entgeltliche gewerbsmäßige³⁾ Beförderung von Berufskollegen zwischen Dienst- und Wohnort. - "Öffentlich" ist normalerweise im Sinne von Bahn⁴⁾ und Post zu verstehen; aa) bestimmte Tarife sind für die Beförderung einzuhalten; Ausnahmen sind nur in im voraus festgelegten Grenzen zulässig; bb) es gilt Beförderungspflicht - ein Kontrahierungszwang, für den ebenfalls nur im voraus festzustellende Abweichungen getroffen werden dürfen. - Auch im Luftverkehr läßt sich "öffentlich"

1) vgl. § 20 Abs. 1 S. 4.

2) hierbei kann noch dahinstehen, was "öffentlich" und "regelmäßig" bedeutet - regelmäßig als Gegensatz zu "unregelmäßig", s. o. 3 c) aa).

3) auch diese Begriffe können als an dieser Stelle unwesentlich offen bleiben.

4) vgl. § 2 Allgem. EisenbahnG.

in dieser Weise verstehen. Bis zum 25. 7. 1964 erstreckte sich die Genehmigung des Linienverkehrs lediglich auch auf Preise und Beförderungsbedingungen (§ 21 Abs. 1 S. 2). Doch fehlte eine Beförderungspflicht kraft Gesetzes. Sie stellt eine Besonderheit dar, die je nach den Umständen einen stärkeren oder schwächeren Eingriff in die wirtschaftlichen Verhältnisse des Pflichtigen repräsentierte und deshalb einer ausdrücklichen Normierung bedurfte¹⁾. Sie könnte also nicht über den schillernden Begriff "öffentlich" eingeführt werden. Dann aber wäre auch der Linienverkehr der Deutschen Lufthansa AG (DLH) nicht öffentlich und folglich auch kein Fluglinienverkehr. - Der Begriff hatte mithin nur den Inhalt eines grundsätzlich an jedermann ergehenden Transportangebotes. - Dem hat erst neuerdings das Änderungsgesetz vom 25. 7. 1964 (BGBl I 529) Art. 1 I Nr. 3 abgeholfen, indem es in § 21 Abs. 2 und 3 LuftVG eine Beförderungspflicht für die Fluglinienverkehrsunternehmen normiert hat. - Nicht-öffentlich ist demnach der private, nicht beförderungspflichtige Verkehr, d. h. : der Befördernde bietet nur bestimmten Personen an, er sucht sich von vornherein die Objekte aus, die er befördern will, und wartet nicht erst seinerseits die Transportbereitschaft des Kunden ab. - Auch hier wieder herrscht ein streng subjektives Moment, das es bei dem weitgehend objektivierten Linienverkehr nicht geben darf. Es ist auch hier eigentümlich für den Gelegenheitsverkehr.

Besonders eindringlich stellt sich aber die Ausgangsfrage für einen öffentlichen Verkehr auf bestimmten Linien. Denn der Betreiber wird sich grundsätzlich nicht mit einem unwirtschaftlichen Beförderungsangebot nur an ausgesuchte Subjekte richten; und weil die Start- und Landemöglichkeiten beschränkt sind, ist auch eine gewisse festgelegte Streckenführung von Vorteil. - Ausschlaggebendes Merkmal des Gelegenheitsverkehrs ist sohin das der "Unregelmäßigkeit". Was als "regelmäßig" anzusehen ist, haben wir oben dargelegt. Damit liegt das negativum der Unregelmäßigkeit nicht entscheidend fest. Unregelmäßig ist auf jeden Fall der reine Anforderungsverkehr, bei dem je nach angemeldetem Bedarf auf Bestellung zu vom Kunden angegebener Zeit, nach von ihm bestimmtem Flugplan und zu ebenfalls von ihm genannten Zielen geflogen wird²⁾. Es ist

-
- 1) wie in § 22 PBefG, § 3 Gesetz über das Postwesen (PostG) und § 2 Allg. EisenbahnG ("... die jedermann benutzen kann").
 - 2) früher so genanntes "Wilhelmshaven-Rüstringer-System", Rigoll S. 7, im Gegensatz zum ebenfalls früher so genannten "Krefelder System" - zum ersten Mal auf den Routen Krefeld - Köln, Krefeld - Essen angewandt -, bei dem für diese Strecken ein fester Flugplan besteht, dessen Einhaltung sich aber nach dem Angebot von Beförderungsobjekten richtet, so daß eine Anmeldung vonnöten ist (Rigoll S. 5/6). Grundsätzlich ist hier die Regelmäßigkeit i. S. d. Definition (s. o.) gegeben; es handelt sich also um Fluglinienverkehr.

natürlich nicht ausgeschlossen, daß z.B. ein einzelner oder mehrere verschiedene Besteller an mehreren aufeinander folgenden Tagen die gleiche Strecke u.U. sogar zur jeweils gleichen Tageszeit mit dem gleichen Unternehmer befliegen. Trotz der Regelmäßigkeitsdefinition liegt hier eine Unregelmäßigkeit vor, da zwar in gleichen Zeitabständen zwischen den nämlichen Orten geflogen würde, aber keine bestimmten, d.h. von vornherein vom Unternehmer bestimmten oder objektiv bestimmbar festgelegten, Abstände gegeben sind, sondern sie zufällig gleich werden.

Ergibt sich also eine Regelmäßigkeit im buchstäblichen Sinne zufällig durch die Wünsche der Besteller, so sind die Flüge als "unregelmäßig" im Sinne der Definition und des Gesetzes (§ 22) anzusehen.

Unregelmäßig in diesem Sinne ist eine Regelmäßigkeit aber auch dann, wenn sie sich allein auf Grund von Zufälligkeiten in der Person des Unternehmers ergibt; z.B. dann, wenn der Eigentümer eines Sportflugzeuges eine längere Zeitspanne hindurch eine ganz bestimmte Strecke aus persönlichen, auch beruflichen Gründen regelmäßig befliegt, die nicht mit der Beförderung von Personen oder Gütern in seinem Flugzeug zusammenhängen, und wenn er auf diesen Flügen ständig entgeltlich der Nebeneinnahmen wegen, also gewerbsmäßig, Personen oder Sachen befördert. Es handelt sich unstreitig um Verkehr dank Gelegenheit, aber nicht um Linienverkehr, da es an der "vorbestimmten Regelmäßigkeit" fehlt.

Wesensnotwendige Eigenschaft der Regelmäßigkeit ist sonach das "Vorbestimmt-Sein". Ohne dieses Merkmal hinge die Regelmäßigkeit im Bereich des Linienverkehrs teilweise vom Zufall ab, der seinerseits wiederum den Gelegenheitsverkehr zum Linienverkehr denaturierte und ihn deshalb entweder unzulässig werden ließe oder nachträglich die zusätzliche Genehmigung nach § 21 erforderlich machte ¹⁾. Das kann nicht Sinn des Begriffs "regelmäßig" sein in § 21 bzw. "nicht-regelmäßig" in § 22. Eine derartige Regelung war mit Sicherheit auch nicht beabsichtigt. Denn sie liefere der Systematik der §§ 20, 21, 22 diametral zuwider und würde den Zweck der Genehmigung als Vorausprüfung zerschlagen. - Eine "vorbestimmte Regelmäßigkeit" im Sinne des Gesetzes ist immer anzunehmen, wenn der Betrieb auf Grund eines äußeren Anlasses erfolgt, auf den weder der Unternehmer noch der Besteller Einfluß haben oder Einfluß haben können, den aber der Unternehmer zum Anlaß nimmt für seine räumlich und zeitlich, u.U. auch preislich gleichartigen Beförderungen zwischen den Start- und Zielpunkten. Jede andere Regelmäßigkeit ist eine nur objektiv-technische (buchstäbliche), die nicht im Sinne des Gesetzes zu verstehen ist.

-
- 1) das wird dennoch immer dann eintreten, wenn ein Gelegenheitsverkehr sich zum Linienverkehr entwickelt; doch liegt dann das Problem anders.

Während wir demnach bei der Bestimmung der Regelmäßigkeit für den Fluglinienverkehr von der allein objektive Voraussetzungen tragenden Definition ausgehen durften, spielt für die Abgrenzung des Gelegenheitsverkehrs das subjektive Moment der Absicht oder Planung hinein. Ist diese Ansicht in einem unternehmerischen Plan vergegenständlicht, objektiviert, so kann nur ein Fluglinienverkehr durchgeführt werden ¹⁾. Bleibt jedoch die ursprüngliche Beeinflußbarkeit im Sinne einer den Bedürfnissen des einzelnen Falles dienenden ad-hoc-Anpassungsfähigkeit dauernd erhalten, und zwar ebenfalls absichtsgemäß, doch ohne daß diese Absicht in einem Plan ihren Niederschlag finden müßte, so wird eine sich etwa ergebende Regelmäßigkeit zufällig und bleibt deshalb "unregelmäßig" im Sinne des § 22.

Zwei Anwendungsfälle zeigen die Richtigkeit der aufgezeigten Lösung: So müssen als Linienverkehr gelten regelmäßige Flüge während einer Olympiade (z.B. München - Innsbruck) oder Erdbeerflüge Wallis - England. In dieser Hinsicht kann der abweichenden Meinung Rieses ²⁾ und Meyers ³⁾ nicht beigetreten werden. Zwar handelt es sich um sogenannten "service régulier temporaire". Jedoch wird diese zeitlich beschränkte Regelmäßigkeit nicht durch persönlich gebundene Zufälle verursacht, sondern ergibt sich aus einem äußeren, von den Beteiligten unbeeinflußbaren Anlaß. Wollte man hier noch Gelegenheitsverkehr im Sinne der Unregelmäßigkeit annehmen, so entfielen grundsätzlich jede Möglichkeit zur Unterscheidung. In diesen Fällen ist u.U. sogar das ungeschriebene Linienmerkmal der Tarifmäßigkeit erfüllt insoweit, als die Flüge zu kilometeranteiligen Linientarifen durchgeführt werden.

Ebenso ist es nach der Definition der Regelmäßigkeit klar, daß z.B. der Zubringerverkehr prinzipiell "regelmäßig" im Sinne des Linienverkehrs und damit nicht Gelegenheitsverkehr ist. Doch ist es durchaus denkbar, auch den Zubringerverkehr als Gelegenheitsverkehr zu betreiben, insbesondere wenn von einer verhältnismäßig zentralen Stelle aus mehrere Hälfen ohne Planbindung bedient werden. - Alle zuletzt genannten als Linienverkehre aufzufassenden Beförderungen unterfallen der Bezeichnung "Luftbrücke". Es handelt sich insgesamt um aus äußerem Anlaß mit vergleichsweise scharfer zeitlicher Umgrenzung festgelegte Streckenführungen, die eine dem Anlaß entsprechende relativ starke Benutzerfrequenz aufweisen (auf bestimmten Linien, öffentlich, regelmäßig).

1) vgl. oben in Anm. 2 S. 14 das "Krefelder System".

2) S. 165.

3) ZLR 54/240.

Eine Zwischenposition nimmt der sogenannte "Bedarfsverkehr zu festen Zeiten" ein. Seiner Natur nach wird auf bestimmten Routen zu bestimmten Zeiten (also nach festem Plan) geflogen, wenn auch nur ein Passagier einen Platz bucht. Erfolgt jedoch keine Buchung, so wird auch nicht geflogen. Nach unserer Regelmäßigkeitsdefinition zielt diese Verkehrsart stark zum Linienverkehr hinüber; regelmäßig wird er ihm wegen Erfüllung der Voraussetzungen auch einzuordnen sein.

Zusammenfassend ergibt sich nach diesen Überlegungen folgende Definition des Gelegenheitsverkehrs im Sinne des § 22:

"Gelegenheitsluftverkehr ist die gewerbsmäßige, in jedem Einzelfall (ad hoc) im Hinblick auf das Transportobjekt oder (und) die Flugroute oder (und) die Wiederholung gleichartiger Flüge durch in der Person des Kunden oder (und) Anbieters liegende Gegebenheiten frei beeinflussbare und den jeweiligen Bedürfnissen grundsätzlich anpassungsfähige Beförderung von Personen oder (und) Sachen mit Luftfahrzeugen."

cc) Ferienzielreiseverkehr

Eine Sonderstellung im Rahmen der Verkehrsarten nimmt der in den letzten Jahren ständig beliebter gewordene Ferienzielreiseverkehr ein. Im LuftVG vom 10. 1. 1959 hat er keine Regelung erfahren, so daß offen bleibt, ob er zum Gelegenheitsverkehr oder zum Fluglinienverkehr zu zählen ist. Man könnte darüber streiten, ob er in die Luftbrückenverkehre gerechnet werden kann, oder ob es sich um einen reinen Gelegenheitsverkehr handelt. Unsere Regelmäßigkeitsbestimmung hilft wenig, da diese Verkehrsart besondere Eigentümlichkeiten aufweist, die nicht in das Normalsystem hineinpassen.

§ 48 Abs. 2 PBefG bezeichnet als Ferienzielreisen solche Reisen zu Erholungsaufenthalten, die der Unternehmer mit Kraftomnibussen oder PKW nach einem bestimmten, von ihm aufgestellten Plan zu einem Gesamtentgelt für Beförderung und Unterkunft mit oder ohne Verpflegung anbietet und ausführt. Wenn wir hier unter Hinzunahme der übrigen Charakteristica (Rückfahrtscheine auf den Namen des Reisenden, für alle gleiches Reiseziel, gleicher Rückreiseendpunkt, Identität der Rückreisenden mit den Hinreisenden) von der Bedienung mit Landkraftfahrzeugen absehen, handelt es sich um eine durchaus brauchbare Definition. Es mag allerdings dahingestellt bleiben, ob nicht auch die reine Beförderung ohne Einschluß der Unterkunftsmöglichkeit und -kosten allein zu Ferienorten und nur für Ferienreisende ein Ferienzielreiseverkehr ist.

In der Luftfahrt werden diese Voraussetzungen des § 48 Abs. 2 PBefG von der Kategorie der organisierten Charterflüge der großen Ferien-Reiseunternehmen erfüllt.

Das PBefG gliedert diese Verkehrsart seit dem Änderungsgesetz vom 24. 8. 1965 (3GBI I S. 906) in den Gelegenheitsverkehr ein (§ 46 Abs. 2 Nr. 2 PBefG). Vordem rechnete sie als Sonderform des Linienverkehrs. Der Gesetzgeber kann fraglos die Zuordnungskategorien ändern. Das LuftVG kennt jedoch diese Verkehrsart nicht expressis verbis. Der Begriff "organisierter Charterflug" trägt keinen Ordnungscharakter; er sagt also nicht, ob es sich tatsächlich um Gelegenheitsverkehr handelt oder doch um Linienverkehr.

Gründen wir die Einordnung auf unseren "Satz des äußeren Anlasses" ¹⁾, so zeigt sich offenbar eine Tendenz zum Linienverkehr. Äußerer Anlaß sind nicht die Ferien des einzelnen - denn das wäre gerade die Zufalls-*causa* in der Person des Bestellers, die zum Gelegenheitsverkehr führt - sondern das von einer größeren Zahl angestrebte Ferienziel, wiederum nicht des einzelnen, sondern als in die Flugplanung einbezogenes, welches kraft Angebotes einen unbestimmten Personenkreis zu gewissen Zeiten und u. U. für individuell variable Dauer besonders anlockt; die Flüge in der Feriensaison zu diesen Zielen finden in aller Regel nicht nach Bedarf, sondern zu bestimmten und vom Reiseunternehmen aufgestellten Plan, also zu öffentlich bekanntgegebenen Zeiten statt - wobei der Bedarf als ausreichend vermutet Grundlage der Flugplanung ist.

Hervorstechendes Merkmal ist aber immer der zwischen Start- und Landepunkt geschlossene Kreis der Beförderten. Ein Zu- oder Aussteigen an technisch-notwendigen Zwischenlandepunkten ist im allgemeinen nicht möglich und auch nicht zulässig. Damit aber hat eine geschlossene Gesellschaft mit Hilfe des Reiseunternehmens ein Flugzeug gechartert, um ein Ferienziel zu erreichen; dadurch wird der Verkehr nicht durch das Ziel bestimmt, sondern aus der gelegentlich eines Bedarfs vorgenommenen Charter der Maschine ²⁾. Dies war wohl auch der Grund, weshalb schon der frühere § 49 EntwPBefG den Ferienzielreiseverkehr als Sonderform des Gelegenheitsverkehrs gruppierte. Nach Heinze ³⁾ wurde der Ferienverkehr auf Grund interministerieller Vereinbarungen praeter legem schon vordem als Gelegenheitsverkehr behandelt. Der Entwurf war demnach nur Fixierung einer Usance.

Bei dieser Verkehrsart wird also mit jedem Flug eine bestimmte geschlossene Gruppe befördert. Ist deshalb nicht das Ferienziel allein Gegenstand des Fluges, sondern wird auf dem Rückflug eine im ganzen identische Reisegruppe eines vorangegangenen Hinfluges transportiert, so daß kein wesentlicher Passagier-

1) oben S. 15.

2) vgl. dazu auf dem Gebiet der Landbeförderung LG Berlin Beschl. v. 11. 8. 1955 in VRS Bd. 9 Nr. 160 S. 380.

3) in DÖV 59/503 2

wechsel eintritt und damit eine Art Gruppenbedarf bewiesen wird, so wird man auch im Hinblick auf die volle Vertragsfreiheit zwischen Reisendem und Reiseunternehmen den Verkehr als Gelegenheitsverkehr qualifizieren müssen. Eine Regelmäßigkeit entsteht nur "zufällig" im oben dargelegten Sinn. Dem Verkehr fehlt damit das Merkmal der Öffentlichkeit, des Kontrahierungszwanges. Ebenso ist der Zweck nicht in erster Linie die Beförderung von beliebigen Personen, sondern für eine geschlossene Gruppe ein bestimmtes Ziel zu erreichen. Dieses Merkmal wiederum fehlt in solcher Ausprägtheit, wenn zwar eine Beförderungspflicht *de iure* nicht besteht, aber die Zusammensetzung der Passagiere bei jedem Flug wegen individueller Gestaltung des Aufenthaltes wechselt.

Der reine Ferienzielreiseverkehr innerhalb der Luftfahrt (auch "Pauschalflugreisen" genannt) mit pro Flug nicht wechselnder Passagierzusammensetzung und allgemein gleichem Ziel (also nicht die IT-Reisen = inclusive tours im Linienverkehr) ist nach allem als eine Art des Gelegenheitsverkehrs ¹⁾ zu werten und unterfällt nur den Vorschriften der §§ 20, 22.

dd) Verwendung von Luftfahrzeugen für sonstige Zwecke

"Einer Genehmigung bedarf auch die gewerbsmäßige Verwendung von Luftfahrzeugen für sonstige Zwecke" (§ 20 Abs. 1 S. 2). Aus der Systematik der drei voneinander abhängigen Vorschriften der §§ 20 Abs. 1 S. 1, 21 Abs. 1 S. 1, 22 folgt, daß zu den "sonstigen Zwecken" nicht auch wiederum die gewerbsmäßigen Beförderungen von Personen oder Sachen im Fluglinien- und Gelegenheitsverkehr zählen. In Frage kommen hier die sogenannten Arbeitsflüge zu Reklamезwecken, zur Schädlingsbekämpfung, Schlepp- und Fotoflüge usw. ²⁾ - Das Gesetz zieht jedoch bewußt keine scharfen Grenzen, sondern will jede Art der gewerbsmäßigen Verwendung von Luftfahrzeugen von einer Genehmigung abhängig machen; auch Spezialaufgaben im Bereich der Luftfahrt sollen, soweit Luftfahrzeuge unmittelbar beteiligt sind, nicht unkontrolliert bleiben.

-
- 1) anders anscheinend Fromm DVBl 60/793, obgleich er nur von der Notwendigkeit objektiver Zulassungsvoraussetzungen im Rahmen des früheren § 49 Abs. 6 EntwPBefG spricht.
 - 2) vgl. § 54 Abs. 1 EntwLuftVZO (Stand Jan. 1961); die Enumeration fehlt in den §§ 6 ff. LuftVZO.

Hiernach liegt auch in der gewerbsmäßigen Vercharterung eines Flugzeuges die Verwendung zu sonstigen Zwecken ¹⁾, ²⁾. Dies ist für einen Gelegenheitsverkehr insofern interessant, als sich hiernach die Notwendigkeit zweier Genehmigungen ergibt, in deren Kreis die benutzte Maschine steht ³⁾.

ee) Selbstkostenflüge

Nach § 20 Abs. 1 S. 4 sind Beförderungen auch genehmigungspflichtig, wenn als Entgelt ⁴⁾ nur die Selbstkosten des Fluges vereinbart sind. Eine ähnliche Regelung war dem § 11 LuftVG aF unbekannt. Sehen wir von der Einschränkung des Satzes 4 2. Hs ab, so ist das Anwendungsgebiet des 1. Hs. nicht klar erkennbar.

- 1) Die Länderverkehrsministerien sind deshalb angewiesen, auch die gewerbsmäßige Vercharterung von Luftfahrzeugen als genehmigungspflichtig zu behandeln - vgl. Darsow ZLR 59/82 u. Rdschr. des BMin.f. Verk. an die Verk. Min. der Länder vom 19.2.1959 L 3-311-3-37 Vm/59.
- 2) Es erscheint daher fragwürdig, daß diese Möglichkeit einer gewerbsmäßigen Verwendung für sonstige Zwecke nicht in § 54 Abs. 1 EntwLuftVZO Jan. 61 aufgenommen worden ist (der letzte Entw. Juni 63 sowie jetzt die §§ 66 ff. LuftVZO verzichten auf eine Aufschlüsselung überhaupt). Falsch wäre u.E. aber der Schluß, mangels Aufzählung dieser Verwendungsart sei für sie eine Genehmigung nicht erforderlich. Die LuftVZO ist lediglich eine AusführungsVO zum LuftVG. Sie kann und soll allgemeine Begriffe des Gesetzes näher umschreiben und dem praktischen Gebrauch zugänglicher gestalten, also auch Einschränkungen vornehmen durch z.B. abschließende Aufzählungen. Solcherlei Beschränkung, wie man sie in der Enumeration des § 54 Abs. 1 (s.o.) sehen muß, ist freilich dann wirkungslos, wenn sie offensichtlich der ratio des LuftVG widerspricht. Das ist hier der Fall. Das Gesetz spricht von "sonstigen Zwecken" ganz allgemein; denkbar ist, daß ein Unternehmer gewerbsmäßig Bergungsflüge durchführt, die weder zur Beförderung dienen noch unter einen der in § 54 Abs. 1 a - d (aaO) genannten sonstigen Zweck gerechnet werden könnten. Es ist offensichtlich, daß auch diese Verwendungsart einer Genehmigung gemäß § 20 Abs. 1 S. 2 bedarf (vgl. hierzu auch die Begründung zu einer Änderung des § 11 LuftVG aF i. Bdtagsdrucks. 3. WP Nr. 100 Punkt 14). Das Gleiche gilt dann auch von der Vercharterung.
- 3) Im übrigen handelt es sich hier um ein Problem des Genehm.-Adressaten. Es war vorab nur die Einwirkung eines anderen Gegenstandes auf den Bereich des Gelegenheitsverkehrs zu zeigen.
- 4) zum Begriff des Entgelts s. Schwenk S. 153/154.

"Selbstkosten" im Sinne des § 20 Abs. 1 S. 4 sind die anteiligen Betriebs- und Wartungskosten eines Luftfahrzeuges, die anteiligen Start- und Landegeühren sowie die anteiligen Versicherungsbeiträge, § 55 Abs. 6 EntwLuftVZO Jan. 61; der EntwLuftVZO Juni 63 und jetzt die LuftVZO, §§ 69 ff., enthalten überhaupt keine Definition der Selbstkosten mehr; es sollte jedoch, um Unklarheiten auszuräumen, eine genaue Begriffsbestimmung aufgenommen werden. - Es handelt sich also offensichtlich um die normalen bei der Haltung eines Luftfahrzeuges entstehenden Kosten. Als solche müssen aber auch die üblicherweise anfallenden Unterstellgebühren angesehen und anteilig hinzugerechnet werden. Von den Versicherungsbeiträgen sind hingegen als nicht allgemein erforderlich Beiträge zu Kasko-Versicherungen abzuziehen, ebenso die von den wirtschaftlichen Verhältnissen des Halters abhängigen Abschreibungsbeträge.

Das Gesetz macht nicht deutlich, wann ein genehmigungspflichtiger Selbstkostenflug vorliegt.

a) Es wird die Auffassung vertreten, § 20 Abs. 1 S. 4 regelt nur die "gelegentliche" Beförderung im Gegensatz zur gewerbsmäßigen¹⁾. "Gelegentlich" ist dahin zu verstehen, daß von vornherein die Absicht fehlt, die Tätigkeit fortzusetzen oder nachhaltig zu wiederholen und dadurch wirtschaftliche Vorteile zu erzielen. Die - hier fehlende - Fortsetzungsabsicht ist ein integrierender Bestandteil der Gewerbsmäßigkeit²⁾. Auf die Gewinnerzielung allein kann beim Merk-

1) sonst unterlägen derartige Flüge sowohl dem S. 4 als auch dem S. 1 des § 20 Abs. 1.

2) Der Begriff des "gewerbsmäßigen" ist weder im LuftVG noch in der LuftVO oder LuftVZO definiert, sondern muß dem allgemeinen Gewerberecht entlehnt werden (in diesem Zusammenhang sei bereits darauf hingewiesen, daß es sich bei der Genehmigungsregelung der luftverkehrsrechtlichen Normen und Vorschriften um eine im Verhältnis zur Gewerbeordnung erschöpfende Spezialgesetzgebung handelt - so mit Recht KG Urt. v. 30. 6. 30 in JW 31 I 901/902¹⁾; Rigoll S. 11; Eyerm.-Fröhl. Einl. 6 I 3 d -. Soweit Begriffe in dieser ebenfalls gewerberechtlichen Materie nicht geklärt sind, darf und muß daher auf die Gewerbeordnung zurückgegriffen werden). Das BVerwG hat in seiner Rechtsprechung zum Grundrecht der freien Berufswahl recht eingehend dazu Stellung genommen und Beruf bzw. Gewerbe bestimmt: "Jede auf die Dauer berechnete und nicht nur vorübergehende, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage, jedenfalls aber Erwerbszwecken dienende Betätigung" (vgl. BVerwG Urteile v. 17. 12. 53 (E 1/54), v. 10. 3. 54 (E 1/92), v. 16. 9. 54 (VRS 8/158), v. 24. 2. 56 (VRS 10/477, DVBl 56/447)). "Gewerbsmäßig" ist danach jede selbständige, nachhaltige, zu Erwerbszwecken unternommene Betätigung als Beteiligung am wirt-

mal "gelegentlich" nicht abgestellt werden, da es ein rein zeitliches Moment ist.

Fortsetzung der Fußnote 2) von Seite 21

schaftlichen Leben. Die Beförderung muß daher, um gewerbsmäßig zu sein, in der Absicht erfolgen, durch eine fortgesetzt oder wenigstens wiederholt vorgenommene Tätigkeit aus der Beförderung von Personen oder Sachen einen unmittelbaren oder mittelbaren Gewinn zu erzielen. Der unmittelbare Vorteil besteht in einem Übersteigen der anteiligen Selbstkosten; der mittelbare ist die Förderung anderer wirtschaftlicher Zwecke. Es genügt also schon, wenn ein an sich kostenloser Flug im Rahmen einer anderen gewerblichen Betätigung durchgeführt wird, um zur Hebung des Absatzes beizutragen; z. B. ein Reklameflug, bei dem unentgeltlich Fluggäste befördert werden, um für die Erzeugnisse des Betriebes zu werben (Koffka-Bod. -K. S. 59; Eyerm. -Fröhl. S. 62 Einl. 6 II; vgl. insbes. Bayer. OLG v. 23. 5. 32 zit. bei Eyerm. -Fröhl. S. 62 Anm. 3 a. E.).

Eine sehr klare und nahezu erschöpfende gesetzliche Begriffsbestimmung der Gewerbsmäßigkeit, die hier besonders eindrucksvoll ist, da sie ebenfalls auf dem Gebiete des Verkehrsrechts erging, enthält die "Schweizerische Automobilkonzessionsverordnung" (aaO) in Art. 3. Danach handelt gewerbsmäßig, wer in regelmäßigen Fahrten Reisende befördert, um mittelbar oder unmittelbar einen wirtschaftlichen Erfolg zu erzielen, insbesondere

- a) wer für die Beförderung eine Fahrtaxe verlangt oder freiwillig angebotene Fahr- oder Trinkgelder annimmt,
- b) wer durch das Mitführen von Fahrgästen seinen Kundenkreis zu erweitern oder andere geschäftliche Vorteile zu erreichen sucht,
- c) wer zum Zwecke der Erlangung irgendeines Vorteiles für eine Gesellschaft, einen Verein, eine Genossenschaft oder eine andere Personenvereinigung mit einem diesen oder ihren Mitgliedern gehörenden Motorfahrzeuge regelmäßige Fahrten ausführt oder ausführen läßt.

Diese Definition kann ob ihrer Prägnanz ohne Schwierigkeiten auch für das deutsche Luftverkehrsrecht Anwendung finden. Da sie vornehmlich auf die Entgeltlichkeit abstellt, wäre im Sinne unserer Rechtsordnung noch hinzuzufügen: "die Beförderungen müssen wiederholt und durch selbständige Betätigung erfolgen" (das in der Konzeption ganz ähnliche neue deutsche PBefG v. 21. 3. 61 ersetzt den Begriff der Gewerbsmäßigkeit durch den der Geschäftsmäßigkeit, § 1 Abs. 1, um dadurch einer notwendigen Definition i. S. der Rspr. des BVerwG auszuweichen. Es darf freilich nicht verkannt werden, daß der Begriff "geschäftsmäßig" wiederum ein schwer einzugrenzender Generalbegriff ist. Es erscheint zweifelhaft, ob er im Sinne des HGB § 4 Abs. 1 verstanden werden kann.) Der Mangel solcher Bestimmung im LuftVG schafft Unklarheiten der Auslegung im praktischen Gebrauch.

Unter diesem Gesichtspunkt kommt man zu folgenden Möglichkeiten: aa) Beförderung mit Fortsetzungsabsicht zu höheren als den anteiligen Selbstkosten: gewerbsmäßiger Gelegenheitsverkehr, Satz 1; bb) unter sonst gleichen Voraussetzungen zu anteiligen Selbstkosten: ebenfalls gewerbsmäßig, Satz 1, da auch die Erziehung eines nur mittelbaren Gewinns zur Gewerblichkeit zählt ¹⁾; cc) Beförderung zu Selbstkosten, aber ohne Wiederholungsabsicht: gelegentlich, Satz 4; dd) ebenso, aber zu höheren als den Selbstkosten; ?, diese Möglichkeit fällt nach der hier dargestellten Auffassung weder unter Satz 1 noch unter Satz 4; aber es ist nicht einzusehen, warum das Gesetz solchen Widersinn enthalten sollte.

b) Man könnte auch der Ansicht sein, Satz 4 gelte nur für Selbstkostenvereinbarungen ohne Rücksicht auf Fortsetzungsabsichten. Damit unterlägen ihm sowohl gewerbsmäßige wie auch gelegentliche Beförderungen. In dem Fall gälten aber für gewerbsmäßige Transporte Satz 1 und Satz 4. Das kann nicht ratione legis sein. Denn dann blieben ebenso wie zu a) gelegentliche Beförderungen zu höheren als den Selbstkosten genehmigungsfrei, ohne daß der Sinn verständlich wäre.

c) Demnach ist eine dritte Auffassung zu erwägen, die wir vertreten wollen. Satz 4 ist lediglich eine Ergänzung zu Satz 1 und betrifft allein das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht im Globalbegriff des Gewerbsmäßigen. Offensichtlich hielt der Gesetzgeber Zweifel darüber für nicht ausgeschlossen, ob die Berechnung anteiliger Selbstkosten überhaupt einen Gewinn im Sinne der Gewerbsmäßigkeit darstellt. Um solche Unklarheiten auszuschließen, wurde Satz 4 eingefügt in dem Gedanken, daß auch Selbstkosteneinziehung eine Gewinnerzielung ist. Fehlt somit die Fortsetzungsabsicht, so ist eine Beförderung nur "gelegentlich" und allgemein nicht genehmigungspflichtig. Das Gesetz bietet keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme, auch bloß gelegentliche Transporte seien genehmigungspflichtig. Im Gegenteil läßt sich diese Ansicht nach den obigen Ausführungen nicht mit dem Gesetz vereinbaren. Wie Satz 4 2. Hs erkennen läßt, sollten der Sport- und Reiseflugverkehr genehmigungsfrei bleiben ²⁾. Gerade hier aber finden sehr häufig nur gelegentliche Beförderungen statt, und zwar gemeinhin zu den anteiligen Selbstkosten.

Zusammenfassend ist festzuhalten: grundsätzlich können auch Selbstkostenflüge im Gelegenheitsverkehr stattfinden, wenn die übrigen Voraussetzungen der §§ 20 Abs. 1 S. 1, 21 Abs. 1 S. 1, 22 erfüllt sind.

1) vgl. Anm. 2 S. 21/22, wobei man im übrigen darüber streiten kann, ob es sich bei der Einziehung der anteiligen Selbstkosten um einen nur mittelbaren oder schon unmittelbaren Gewinn handelt.

2) so auch Darsow ZLR 59/82.

ff) Beförderung durch Luftfahrzeuge

Nachdem somit feststeht, welche Betriebsarten als Gelegenheitsluftverkehr betrieben werden können, ist der Genehmigungsgegenstand auf den Gesetzeswortlaut zurückzuführen. - Nach Maßgabe des § 20 Abs. 1 S. 1 in Verbindung mit § 21 Abs. 1 S. 1 wird die Beförderung im Gelegenheitsverkehr des § 22 von "Unternehmen ... durch Luftfahrzeuge" ausgeführt.

Was ein "Luftfahrtunternehmen" ist, sagt § 20 Abs. 1 S. 1 in einer Klammerdefinition ¹⁾. Der allgemeine zugrundeliegende Basisbegriff des Unter-

- 1) Am Rande sei bemerkt, daß der Klammerbegriff höchst unglücklich gewählt ist. Unrichtig wäre die Folgerung, alle anderen Unternehmen, die zwar auch Flugzeuge benutzen, jedoch nicht in den Wortlaut des § 20 Abs. 1 S. 1 hineinpassen, seien demnach keine Luftfahrtunternehmen. - Auch die gewerbsmäßige Verwendung von Luftfahrzeugen für sonstige Zwecke kann durch ein Unternehmen erfolgen. Benutzt es Flugzeuge zu Reklamezwecken, so treibt es ebenfalls dem Sprachgebrauch nach "Luftfahrt", wenn auch in einem weiteren Sinne (ebenso wie eine Schiffswerft in der Schifffahrt, wie ein Flugzeughersteller in der Luftfahrt tätig ist). - Wo eine Grenze zu ziehen wäre, läßt sich kaum bestimmen; deshalb erscheint es richtiger, grundsätzlich dann von Luftfahrt zu sprechen, wenn ein Unternehmen Flugzeuge (Luftfahrzeuge) als Hauptbetriebsmittel benutzt - also auch bei bloßen Vercharterungsunternehmen. Jedenfalls ist es zu eng, nur die Unternehmen nach § 20 Abs. 1 S. 1 zur Luftfahrt zu rechnen, da unter allen Umständen auch Reklame- und Fotoflüge Luftfahrten sind. Es ist nicht einzusehen, warum vom normalen Sprachgebrauch abgewichen werden sollte, wenn dadurch die Handhabung eines Gesetzes nur erschwert wird - zumal § 20 Abs. 1 ohnehin nicht unterscheidet zwischen Luftfahrt und Nicht-Luftfahrt. Ein Luftfahrtunternehmen im allgemeinen Sinne ist also ein Unternehmen, welches sich in nicht nur ganz untergeordneter Weise aktiv an der deutschen Luftfahrt beteiligt. Von diesem weiten Begriff werden daher auch Luftfahrerschulen, die in erster Linie die Ausbildung von Luftfahrtpersonal bezwecken, erfaßt (a. M. Döring, Anm. 2 a zu § 11, der sich streng an die Legaldefinition des § 11 Abs. 1 LuftVG aF hält. Diese Definition ist in das LuftVG nF in § 20 Abs. 1 S. 1 nahezu wörtlich übernommen. Wir wollten indes klarstellen, daß es einen allgemeinen Begriff des Luftfahrtunternehmens gibt, die Definition des § 20 also zu eng ist und vom terminus her nicht paßt. Allein im Sinne des § 20 Abs. 1 S. 1 gilt er daher, für den Satz 2 ist dagegen schon wieder der allgemeine Begriff anzuwenden.). - Zweifelhaft dagegen ist die Einbeziehung solcher Betriebe, die sich lediglich mit der Ver-

nehmens wird hingegen nicht näher erläutert. Er ist deshalb vorab gemäß der ratio des LuftVG zu ermitteln. - Nach Sinn und Zweck des Gesetzes soll auch dann eine Genehmigung erforderlich sein, wenn eine Einzelperson allein (als Pilot, Geschäftsführer usw.) mit ihrer einzigen Maschine ohne jeglichen sonstigen Hilfskräfte und -mittel gewerbliche Luftfahrt im Sinne der §§ 20, 22 betreibt. Entscheidend ist deshalb keineswegs der materielle Aufwand des Betriebes. Weil aber andere wesentliche und dem Luftverkehr eigentümliche Besonderheiten nicht ersichtlich sind, muß allein auf die allgemeinen Merkmale der sachlichen und zeitlichen Ausgestaltung des Betriebes abgestellt werden ¹⁾. Unter diesen Umständen kann bedenkenfrei dem allgemeinen Sprachgebrauch und der Verkehrsanschauung gefolgt werden, wie sie von der Rechtsprechung festgestellt worden sind; zum Unternehmen wird eine wirtschaftliche Betätigung dann, wenn sie planmäßig und organisatorisch selbständig in einem gewissen Umfang und für einen nicht unerheblichen Zeitraum ausgeübt wird ²⁾.

Was unter einem "Luftfahrzeug" zu verstehen ist, erklärt § 1 Abs. 2. Diese Vorschrift zählt eine Reihe von Flugapparaten auf, hat aber am Ende eine Generalklausel, die zu Mißbrauch verleiten könnte. Bei der heutigen Abneigung einflußreicher Wirtschaftskreise gegen die Zulassung von Konkurrenzunternehmen und dem oft übertrieben ernst genommenen Schutzgedanken seitens der Behörden gibt § 1 Abs. 2 LuftVG nF kein klares Bild dessen, welche Fahrzeuge vom LuftVG und seinen Nebengesetzen umfaßt werden.

Fortsetzung der Fußnote 1) von Seite 24

mittlung von Passagierplätzen etc. (Luftreisebureaus) befassen, - Richtig wäre die Fassung "Luftverkehrsunternehmen" (zumal sich dann auch die Unterscheidung zwischen §§ 20, 22 und § 21 eher selbst trägt).

- i) Im Personenbeförderungsverkehr zu Lande begründet der Besitz der Genehmigung die Eigenschaft als Unternehmer (vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 u. 2 PBefG; so übrigens auch Bidinger, Komm. Anm. 11 zu § 2). Eine analoge Übertragung dieser Normierung verbietet sich jedoch, weil das LuftVG eindeutig das Unternehmen der Genehmigungspflichtigkeit unterwirft und nicht umgekehrt aus erteilter Genehmigung auf die Existenz eines Unternehmens zwingend folgert. Es gibt auch Unternehmen i. S. d. LuftVG, die ohne Genehmigung arbeiten (und deshalb unzulässig sind), aber ihre Eigenschaft als Unternehmen gleichwohl behaupten.
- 2) OLG-Stuttgart Urt. v. 21.2.58 in NJW 58/1360 ff. (1361 ¹⁾); auch Magen NJW 61/149; das meint wohl auch Abraham, Bd. II, Anm. 5 zu § 20.

In der Neufassung werden neben Flugzeugen, Hubschraubern - neuerdings "Drehflüglern", § 1 Abs. 2 LuftVG i. d. F. v. 25. 7. 64) -, Luftschiffen, Segelflugzeugen, Frei- und Fesselballonen, Drachen und Flugmodellen "sonstige für die Benutzung des Luftraumes bestimmte Geräte" angeführt. - Uns interessiert eine Klarstellung nur im Rahmen der §§ 20 ff. Aber bedarf z. B. X, der mit Frei- und Fesselflugmodellen umherzieht und sie gewerbsmäßig vorführt, einer Genehmigung gemäß § 20 Abs. 1 S. 2 ("für sonstige Zwecke") ? Oder ist sogar der Luftballonverkäufer auf dem Jahrmarkt im Sinne der Vorschrift genehmigungspflichtig ? -

Eine Einschränkung machte § 1 LuftVO von 1936, die bis zum 27. September 1964 im Bereich der Zulassungen auch für das neue LuftVG Gültigkeit hatte (vgl. § 109 Abs. 1 und 2 Nr. 1 LuftVZO vom 19. 6. 1964 - BGBl I 64 (Nr. 30) S. 370 ff.). Ihr zufolge waren Luftfahrzeuge im Sinne dieser VO u. a. Flugmodelle mit mehr als 5 kp Gewicht. Da diese LuftVO das LuftVG näher ausführte, kann man daraus entnehmen, daß die Gewichtsgrenze auch im Sinne des LuftVG anzuerkennen war. Das hat sich auf Grund der neuen LuftVZO geändert. Nunmehr besteht für Flugmodelle eine Gewichtsgrenze bei 20 kp ¹⁾ Fluggewicht (§ 6 Nr. 7 LuftVZO). - Für Ballone und sonstige Geräte besteht keine Begrenzung. Das LuftVG aF enthielt insofern einen praktischen Auslegungshinweis, als es von "ähnlichen für eine Bewegung im Luftraum bestimmten Geräten" sprach. Das LuftVG nF spricht von "sonstigen Geräten", ist also in bewußter Abänderung ausdehnend zu verstehen. Nach Sinn und Zweck des Gesetzes sollte jedoch damit nicht jedes Geschloß, ein Fußball u. a., betroffen werden, das auf keinen Fall dem § 1 LuftVG aF unterlag; denn § 1 sprach nur von "ähnlichen" Fahrzeugen, d. h. solchen, die ein den angeführten Beispielen gleiches Merkmal tragen: das aerodynamische Flugprinzip ²⁾. Allein davon geht § 1 LuftVG nF als erstes nationales Luftverkehrsgesetz ab; die tragenden Kräfte können für den Flugkörper auch andere sein. Das heißt nichts anderes, als daß nun auch dem ballistischen Prinzip gehorchende Flugkörper Luft-

- 1) Die LuftVZO definiert "kg"; es kommt aber bei dieser eindeutigen Sicherheitsgrenze nicht auf die Masse des Flugkörpers an (gemessen in Gramm = g), sondern auf die Kräfte dieser Masse = Gewicht in Pond = p (vgl. DIN 1301, DIN 1305).
- 2) dies in Anlehnung an die Definition im Annex 7 des Abkommens über die Internationale Zivilluftfahrt (ICAO-Abk.): "Any machine that can derive support in the atmosphere from the reaction of the air".

fahrzeuge sind (Raketen z. B. ¹⁾). - Ballone bilden in beiden Vorschriften eine Sonderkategorie (vgl. § 6 Nr. 6 Luft-VZO: "bemannte Ballone").

De lege lata sind, rein theoretisch, die Anwendungsschwierigkeiten auch unter Zuhilfenahme der LuftVZO schwer zu überwinden. Es wird sich im Interesse einer gerechten und leichten Anwendbarkeit des Gesetzes aber nicht vermeiden lassen, de lege ferenda eine einheitliche Abgrenzung der Flugkörper und -geräte im Sinne von Luftfahrzeugen von solchen zu schaffen, die jedermann nach Belieben benutzen kann. Zu empfehlen wäre auch weiterhin eine generelle Gewichtsbeschränkung bis zu 5 kp Fluggewicht (Eigengewicht einschließlich Zuladung; u. E. sind 20 kp i. S. d. LuftVZO zu viel - insbesondere für Modelle).

Eine systemgerechte Auslegung der Norm ²⁾ führt indessen zu einem klaren Ergebnis: das Gesetz will unter allen Umständen der Sicherheit Rechnung tragen; wie weit auch andere Zwecke verfolgt werden, mag hier dahinstehen. Danach ist es völlig gleichgültig, ob sich ein Luftfahrzeug mit eigener Kraft in der Luft hält und bewegt, oder ob es vom Boden her gelenkt oder nur festgehalten wird. Es kann Abraham ³⁾ auch darin gefolgt werden, es sei unerheblich, ob der Betrieb Selbstzweck ist oder einer Beförderung, der Wissenschaft oder einem sonstigen Zweck dient. - Die zutreffendste Klarstellung angesichts der heute gültigen Luftverkehrsgesetze gibt u. E. Riese ⁴⁾. Er stellt drei Leitsätze auf, denen er dann Fluggeräte unterordnet:

- 1) Das Luftrecht gilt für alle Geräte, die zur Beförderung von Personen oder Sachen durch den Luftraum von der Erde aus geeignet sind.
- 2) Die luftrechtliche Haftungsordnung und einige durch die Gesetzgebung zu bezeichnende andere luftrechtliche Vorschriften gelten außerdem für sonstige Geräte, die sich im Luftraum bewegen und deren Betrieb eine spezifische Gefährdung Dritter inhaerent ist.

1) Raketen als Luftfahrzeuge, vgl. hierzu Rehm S. 13 u. Meyer S. 15 f.; auch eine Bekanntmachung über die Verpflichtung zum Einholen einer Erlaubnis für den Aufstieg von Flugkörpern mit Eigenantrieb (Raketen) v. 3. 2. 1962 (L 6-679 - 2502 F/61) in NFL Teil B v. 15. 3. 1962, Nr. B 30/62, nimmt ausdrücklich Bezug auf § 25 LuftVG, der den Begriff "Luftfahrzeug" voraussetzt. Dem hat das Änd.-Ges. v. 25. 7. 64 Rechnung getragen, indem es "Geräte" definiert: "insbesondere Raumfahrzeuge, Raketen und ähnliche Flugkörper."

2) zur Methode vgl. u. a. BVerfGE 9/338 ff. (349) Beschl. v. 16. 6. 59 (Hebammen-Entsch.), E 11/283 ff. (293) Beschl. v. 25. 7. 60 (Angest. - Versich.) und Rinck in JZ 63/521 ff. (522).

3) Schleicher-Abraham Bd. I S. 29.

4) Lehrbuch S. 189/192.

3) In Zweifelsfällen ist auf die Verkehrsanschauung Rücksicht zu nehmen.

Nach Riese fallen keine der folgenden Geräte unter seine Leitsätze: a) kleine Modellflugzeuge, Kinderspielzeug und Luftballons, kleine Drachen. Für Flugmodelle gilt jetzt die Gewichtsschranke des § 6 Nr. 7 LuftVZO. Bei den anderen Dingen muß nach ihm aber die Verkehrsanschauung eingreifen; b) Raketen, Feuerwerkskörper, Geschosse. Riese will bei diesen Flugkörpern nicht von "Betrieb" sprechen können. Indessen muß hier mit dem Gesetz der neueren Entwicklung gefolgt werden, nach der Raketen sowohl ihrer zunehmenden Zahl und ihrer unvorhersehbaren Flug- und Lande-(Sturz-)Gefährlichkeit wegen, also im Rahmen des gesetzlichen Sicherungszweckes, als auch der sich allmählich durchsetzenden Verkehrsanschauung nach zu den Luftfahrzeugen zu rechnen sind ¹⁾. Doch sollte man hier ebenfalls eine Gewichtsgrenze ziehen, die im Augenblick bei 5 kp der beschränkten Triebkraft der Treibsätze wegen liegen dürfte. - Die gewerbsmäßige Verwendung von über 5 kp schweren Raketen unterliegt damit ebenfalls der Genehmigungspflicht nach § 20 Abs. 1 S. 1 oder S. 2.

"Beförderung" ist nicht notwendig ein Transport von Personen oder Sachen von einem Ort zum anderen. Vielmehr genügt jede Fortbewegung mit Hilfe eines Luftfahrzeuges, sofern nur nicht die fortbewegten Personen oder Sachen gerade zur Ausübung dieses Fluges notwendig sind ²⁾. Bei einem Reklameflug müssen u. U. zu Werbezwecken mitgeführte Geräte bedient werden. Die dazu erforderlichen Angestellten der werbenden Firma fliegen zwar mit, werden aber nicht befördert. Die Beförderung, der Transport selbst also, muß gerade die zu Erwerbszwecken notwendige Tätigkeit sein ³⁾. Rundflüge mit Passagieren hingegen stellen eine Beförderung dar. Die Rückkehr zum Startplatz ist ohne Bedeutung, der Zweck des Fluges insoweit völlig frei.

-
- 1) im Ergebnis auch schon Rehm S. 13; anderer Ansicht war zunächst offenbar der BMin. f. Verk., der zwar ausdrücklich auf § 25 LuftVG Bezug nahm, vgl. oben Anm. 1 S. 27, aber weder eine Gewichtsbegrenzung vornahm (und -nimmt, vgl. § 6 LuftVZO), noch auch grundsätzlich Raketen zu den Luftfahrzeugen zu rechnen schien, da sonst die o. g. "Bekanntmachung" (Allgemeinverfügung?) anders zu fassen gewesen wäre; vgl. im übrigen Anm. 1 S. 27 am Ende.
 - 2) so schon Rigoll S. 4; Schleicher-Reymann Anm. 4 zu § 11; Abraham, Bd. II, Anm. 8 zu § 20.
 - 3) Koffka-Bod.-K. S. 58 mit näheren - hier unwesentlichen - Einzelheiten zum angeführten Beispiel.

d) Genehmigung als Initialsperre

aa) Sicherheitsanforderungen im Gelegenheitsluftverkehr

Nach diesen Überlegungen wieder an den Ausgangspunkt zurückgekehrt, stellt sich die Frage nach der Genehmigungsbedürftigkeit und -zulässigkeit gerade des Gelegenheitsluftverkehrsunternehmens erneut. Obgleich wir diese Frage für den Gesamtbereich der Luftfahrt schon grundsätzlich positiv beantwortet haben, darf doch nicht kurzerhand in der "vom Gesetz selbst statuierten Sachgesetzlichkeit" ¹⁾ die Luftfahrt als ein allgemeingültiger Obersatz auch gegenüber dem Gelegenheitsluftverkehr angewendet werden. Zwar ist der Gelegenheitsverkehr ein nicht einmal unbedeutender Teil der Luftfahrt, doch zeigt er schon im Vergleich mit dem Fluglinienverkehr tiefe Eigengesetzlichkeit. Fraglich erscheint nur, ob sie ausreicht, diese Verkehrsart ihrer Natur nach aus dem geschlossenen Bereich der Luftfahrt auszuklammern. Denn Unterschiede zeigen sich im Gesetzeswortlaut nur auf einer hier anscheinend weniger wichtigen Ebene. Und die relative Gefährlichkeit "für und von oben und für unten" ist hier die gleiche wie im Gesamtgebiet.

Es ließe sich aber einwenden, diesen Gefahren könne man durch technische und betriebliche Sicherheitsvorschriften begegnen. Das wäre freilich ein Trugschluß. Derlei Vorschriften sind nur das Ergebnis staatlicher Fürsorgebestrebungen dem Bürger gegenüber. Sie können im besten Fall Sicherheit zur Folge haben, nicht aber sichern sie selbst. Es muß daher dem Gedanken der Prävention Rechnung getragen werden. Insbesondere ergeben sich mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit unmittelbare, akute Gefährdungen für geschützte Rechtsgüter, wenn ungeeignete Unternehmen eröffnet werden. Es geht also nicht um bloß mögliche, fernliegende Gefahren. Ein Unternehmen mit unzuverlässigem Personal kann z. B. seine Maschinen und Piloten ständig bis zur äußersten Grenze ausnutzen, wobei leicht die allgemeinen Sicherheitsvorschriften verletzt werden können. Dies würde auf die Dauer eine beträchtliche Überforderung von Mensch und Material bedeuten, die gerade im "balkenlosen" Luftraum nicht ohne nachteilige Folgen für unbeteiligte Drittpersonen zu bleiben pflegt ²⁾. Die vorbeugende Prüfung der Betriebsverhältnisse und die eventuell sich daraus ergebende Genehmigung (bzw. Erlaubnis, Bewilligung ³⁾) sind sonach wichtigste Voraussetzungen zum Schutze der Allgemeinheit vor unabsehbaren Gefahren.

1) vgl. BVerfGE 13/331 ff. (Leitsatz u. S. 340) Ur. v. 11. 7. 1961.

2) davon geht besonders die Begründung zu §§ 20, 22 nF aus; vgl. Bdtagsdrucks. 3 WP Nr. 100 v. 20. 12. 57.

3) so das Schweizerische Bundesgesetz über die Luftfahrt v. 21. 12. 48, Art. 33.

Demgegenüber heißt es in der amtlichen Begründung zu § 11 LuftVG aF ¹⁾: "Die gewerbsmäßige Beförderung von Personen und Sachen durch Luftfahrzeuge ... wird in nicht zu ferner Zukunft im Verkehrsleben eine bedeutungsvolle Ergänzung der Verkehrsmittel bilden. Damit solche Luftfahrtunternehmen nicht in planlosem Wettbewerb einen unsachgemäßen Aufbau des Luftverkehrs verhindern, vielmehr in die Wege der Verkehrsinteressen der Allgemeinheit geleitet werden, müssen sie der Genehmigungspflicht unterworfen werden ...". - Daß hier auch sicherheitliche Erwägungen mitschwangen, soll nicht bestritten werden, zumal in den Anfängen der Luftfahrt ein weit größeres Mißtrauen gegen die Fähigkeiten der Flugapparate herrschte als heutzutage gegen die modernen Lufttransporter. Primär stellte man jedoch auf eine Wettbewerbsregelung ab. Wieweit sie zulässig war und eventuell noch heute für Linienunternehmen ist, mag dahinstehen. Jedenfalls kann diese Begründung auch nicht in entsprechender Anwendung für die §§ 20 ff. LuftVG nF gelten. Zwar überstreichen beide Gesetze im Grundsatz den gleichen Gegenstand: Genehmigung von Luftverkehrsunternehmen. Jedoch umfaßte § 11 LuftVG aF alles das, was heute in mehreren Vorschriften verteilt liegt. § 20, der nahezu den gleichen Wortlaut des § 11 aF hat, gilt hauptsächlich für den Gelegenheitsverkehr, jedenfalls aber nicht mehr im gleichen ausschließlichen Umfang für den von § 11 aF auch umfaßten Fluglinienverkehr; die spezielle Linienerlaubnis steckt jetzt in § 21. Für ihn mögen Wettbewerbsregeln im Interesse des öffentlichen Verkehrs unter Umständen sinnvoll sein. Für den reinen Gelegenheitsverkehr sind sie es nicht. Denn hier liefe eine Genehmigungspflichtigkeit unter derartigen Gesichtspunkten auf eine Bedürfnisprüfung hinaus, die auch im Sinne öffentlicher Verkehrsinteressen nicht zulässig ist. Im Gegensatz zu Kraftdroschken im Landverkehr zählen Gelegenheitsluftverkehrsunternehmen nicht zu den öffentlichen Verkehrsmitteln. Und es ist unzulässig, auf dem Wege über die Prüfung öffentlicher Verkehrsinteressen die überholte Bedürfnisprüfung fortzusetzen oder wieder einzuführen ²⁾. Derartige Erwägungen können also heute nicht mehr für eine Genehmigungspflichtigkeit angeführt werden. Gegenteilige Anweisungen des Bundesverkehrsministeriums ³⁾ widersprechen dem Grundgesetz und der seit langem geübten und bewährten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Bedürfnisprüfung. Im einzelnen ist zu Fragen der Bedürfnisprüfung noch Stellung zu nehmen.

Die obigen Ausführungen zur Sicherheitsfrage gelten grundsätzlich für den gesamten Bereich der Luftfahrt. Es mag dahinstehen, wie weit sie eingeschränkt werden

1) Schleicher-Reymann zu § 11.

2) vgl. hierzu BVerfG Beschl. v. 8. 6. 60 in PersV 60/161 2.

3) z.B. im Schreiben des BMin. f. Verk. an die Verk. -Min. d. Länder vom 19. 2. 1959 (L 3 - 311-3-37 Vm/59).

können für die Genehmigung von Linienverkehrsunternehmen. Für den Gelegenheitsverkehr aber können keine Abstriche gemacht werden. Der Linienverkehr unterliegt im allgemeinen der Beförderungspflicht (§ 21 Abs. 2 S. 2); er findet zu fahrplanmäßigen Zeiten statt. Dadurch wird ein gewisser Maschinenpark mit fester Platzzahl benötigt. Im Gelegenheitsverkehr dagegen fehlen ähnliche sichere Bedingungen. Ist der Bedarf groß, wird häufiger geflogen, eventuell auch das Flugzeug überbesetzt. Konkurrenzen - wie im Linienverkehr leicht möglich -, die ohnehin ein höheres Angebot an Sicherheit erfordern, fehlen im Gelegenheitsverkehr zumeist ebenfalls. Alle diese Momente machen eine vorgängige Prüfung des beabsichtigten Betriebes unerlässlich, um nur solchen die Genehmigung zu erteilen, die eine sicherheitlich möglichst perfekte Betriebsführung gewährleisten.

bb) Genehmigungszwang

Die in § 1 GewO und § 1 LuftVG proklamierte Gewerbefreiheit bzw. "Freiheit der Luft" ist also auf dem Gebiete des Verkehrsrechts eingeschränkt. In praxi verursacht der Genehmigungszwang eine Schwelle vor dem Berufsbeginn. Er ist deshalb an Art. 12 GG zu messen.

Wer ein Gelegenheitsluftverkehrsunternehmen eröffnen will, ergreift einen Beruf in dem durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verstandenen Sinn ¹⁾. - Es war anfangs streitig, ob die Berufszulassung unter die "Ausübung" oder zur "Wahl" des Berufs im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG einzugruppieren sei. Die zweite Auffassung ist aber letztlich als die richtige anerkannt ²⁾ und vom Bundesverfassungsgericht in dem grundlegenden Urteil vom 11. Juni 1958 ³⁾ bestätigt worden.

Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG enthält jedoch keinen ausdrücklichen Regelungsvorbehalt zur Beschränkung der Berufswahl. Sie ist grundsätzlich frei. Daraus darf nicht geschlossen werden, daß jegliche Einschränkungsmöglichkeit der Wahlfreiheit, der Zulassung, grundrechtswidrig sei, nur weil das Grundgesetz von der allgemeinen Berufsfreiheit, in der die Verkehrsfreiheit enthalten ist, ausgeht. Ein Freiheitsrecht muß notwendig beschränkt sein, da es sein Wesen als Recht nur insoweit zu wahren vermag, als die Freiheit nicht von der Person zu trennen ist, weil

1) BVerfGE 7/377 (397) Urt. v. 11. 6. 58 (Apoth. -Urt.) u. Urt. v. 8. 6. 60 in PersV 60/156 ff (159).

2) vgl. Meyer ZLR 54/35; Paas S. 120; OVG Münster Urt. v. 20. 9. 50 in JZ 51/276 ff = DVBl 51/376; BVerwG Beschl. v. 11. 1. 58 VRS 15 Nr. 99 S. 238 ff; Scheuner S. 69.

3) BVerfGE 7/377 ff = "Apotheken-Urteil" (s. Anm. 1).

"individuumimmanent". Das heißt, die Freiheit des Einzelnen stößt sich an der Freiheit des anderen, wird dadurch zwangsläufig eingegrenzt und so zu einem Recht. Erst die Rücksicht auf die geschützten Rechtsgüter anderer schafft wirkliche Freiheit¹⁾. Wir brauchen also zur Bestimmung der freiheitlichen Grenzen nicht Art. 2 GG zu bemühen²⁾. Art. 12 GG steht zu Art. 2 GG im Verhältnis der Spezialnorm zur Generalnorm. Seine Sonderstellung als *lex specialis* folgt einmal daraus, daß er, anders als Art. 2 Abs. 1 GG, nur "Deutsche" frei sein läßt; damit umreißt er einen stark eingegengten Anwendungskreis, der mit Sinn und Zweck des Art. 2 Abs. 1 GG nicht mehr zu identifizieren ist. Zum anderen klammert er aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht einen scharf umrissenen konkreten Teil aus. Sein Inhalt gewinnt dadurch Selbständigkeit. Eines zusätzlichen Maßstabes in Gestalt des Art. 2 GG bedarf er nicht. Er ist aus sich selbst heraus verständlich und demgemäß auszulegen³⁾. In seiner spezialnormativen Eigenständigkeit regelt Art. 12 GG das Grundrecht der Berufsfreiheit thematisch abschließend. Die Grenzen dieser Freiheit bestimmt die Norm selbst.

Die Berufsfreiheit, die die Gewerbefreiheit mit umfaßt⁴⁾, darf nur eingeschränkt werden, "soweit der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert"⁵⁾. Die Berufszulassung muß deshalb behindert werden, wenn ohne diese Einschränkung die allgemeine Sicherheit, auch die Gesundheit einzelner oder andere wichtige öffentliche Belange gefährdet würden⁶⁾. Diese "überragenden Forderungen des Gemeinwohls" sind als Zwangsursachen bereits in der Weimarer Verfassung anerkannt worden⁷⁾. Sie werden auch heute, zum Teil in

-
- 1) darin ist Haselau S. 83/84 zuzustimmen.
 - 2) wie man diese vielfach zu Unrecht getan hat: vgl. Meyer S. 36, Bülck S. 127, Becker NJW 55/976, Naumann S. 426 ff., OVG Münster aaO, VGH Stuttg. Urte. v. 19.2.53 VRS 5 Nr. 243 S. 442 ff., E.R. Huber I S. 669, 676.
 - 3) dem ist, vor allem durch die Rechtspr. des BVerfG, in jüngerer Zeit entsprochen worden, vgl. BVerfGE 7/377, Anm. v. Bachof in JZ 58/469 ff., BVerfGE 9/73 Beschl. v. 17.12.58 abweichend von BVerfGE 1/274 v. 30.4.52, BVerwG Urte. v. 16.10.59 VerwRspr 12 Nr. 184 S. 732, Scheuner DÖV 56/68 ff, BGH Gutachten v. 28.4.52 in DVBl 53/472, Dipper NJW 52/602¹, Fuhr Einl. D IV, D VII.
 - 4) Sigl S. 21.
 - 5) BVerfGE 7/377 Leitsatz 6 c.
 - 6) Sieber S. 78.
 - 7) Art. 151 Abs. 2 WRV.

Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, weitgehend gebilligt¹⁾. Unter diesen Bedingungen also ist die Genehmigung als Betätigungsvoraussetzung zuzulassen. Eine Gewerbefreiheit ohne Einschränkungen hat es nie gegeben und wird es nicht geben. Es wäre eine verhängnisvolle Verkennung der Absichten des Grundgesetzgebers, wollte man annehmen, das GG stelle die Berufswahlfreiheit über alles und gestatte nur eine Regelung der Ausübung. Auf diese Weise ließen sich mitunter die schwersten Gefahren für die Allgemeinheit nicht vermeiden. Soweit durch unsachgemäße Tätigkeiten die öffentliche Sicherheit in so hohem Maße gefährdet werden kann wie im Luftverkehr - und besonders im plan- und regellosen Gelegenheitsverkehr -, liegt es auch im Sinne des GG, den Berufsbeginn von einer vorgängigen Überprüfung, Genehmigung und eventuell auch Überwachung abhängig zu machen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit läßt eine Überwachung allein als bei weitem zu wenig den zu stellenden Ansprüchen entsprechend erscheinen. Auch er erlaubt vorbehaltlos eine Freiheitsbeschränkung durch Genehmigungspflichtigkeit des Gelegenheitsluftverkehrs. Eine intensive staatliche Kontrolle würde zwar ausreichen, kann jedoch sinnvoll und mit bestem Ergebnis nur vor Beginn der erstrebten Tätigkeit ausgeübt werden²⁾ auch im wirtschaftlichen Interesse des Bewerbers. Als verhältnismäßig angemessenstes Mittel erscheint daher in jedem Fall der Genehmigungszwang. Die Genehmigungspflichtigkeit ist also mit dem Grundgesetz vereinbar, wenn wichtige öffentliche Belange geschützt werden sollen. Ob das der Fall ist, beantwortet sich auch nach der Art der Zulassungsvoraussetzungen. Von der Erfüllung welcher Zulassungsvoraussetzungen die Erlaubnis abhängt und abhängen darf, ist erst an späterer Stelle zu prüfen, da es an dieser Stelle nur um die Grundsätzlichkeit der Genehmigung geht.

Die grundsätzliche Gewerbe- und Berufsfreiheit steht allerdings nur Deutschen³⁾ zu, Art. 12 Abs. 1 GG. Ausländer genießen die engen Grenzen der Genehmigungspflichtigkeit nicht. Sie unterliegen vielmehr auch staats- und wirtschaftssicherheitlichen Beschränkungen, die für Deutsche nicht angewendet werden dürfen. Willkürliche Maßnahmen scheiden natürlich auch hier aus (Rechtsstaatlich-

-
- 1) vgl. Becker NJW 55/1739, BVerfGE 8/71, OVG Koblz. Urt. v. 1.2.55 NJW 55/1002 ff, Naumann S. 429²⁾, Über S. 111, BVerfGE 7/405, 408. Herbe Kritik an den "Ermüdungserscheinungen in der Rechtsprechung des BVerfG" übt Rupp, S. 993 ff., indem er meint, "Aus der kraftvollen Melodie der Freiheit ist ein Melodrama der Resignation geworden" (S. 994¹⁾).
- 2) so auch Bonner Kommentar II 4 zu Art. 12.
- 3) i. S. d. Art. 116 Abs. 1 GG.

keit). Indessen ist es sinnvoll, Ausländern den Umfang der Genehmigungspflicht möglichst weit zu stecken, um einerseits drohende und dann unter Umständen gerade im Gelegenheitsluftverkehr höchst gefährliche Überfremdung zu vermeiden ¹⁾ (vgl. §§ 23, 23 a); andererseits ist hier ein Weg offen, um eine gewisse Gegenseitigkeit bei Luftverkehrsabkommen mit anderen Nationen zu erreichen (so § 23 a).

Eine weitere Frage ist es, ob die grundsätzliche Berufs- und Gewerbebefreiheit nach Art. 12 GG auch iuristischen Personen zu gewähren ist, ob mit anderen Worten ihre Genehmigung mit dem Grundgesetz vereinbar ist. - Sich "berufen" fühlen ist ein psychisches Moment, das nur der physischen Person eignet. Versteht man aber "Beruf" im Sinne des Art. 12 GG nicht als "Bestimmtheit zu einer Tätigkeit", sondern als Betätigungsform, so ergibt sich die Formel: jedes Gewerbe ist ein Beruf ²⁾. In diesem Sinne ist auch Art. 12 GG zu verstehen. Aus seiner ratio folgt, daß nicht nur die psychische Zurichtung der Persönlichkeit, das "Sich-berufen-fühlen", frei sein soll - solche Freiheit läßt sich nicht reglementieren -, sondern die Betätigung der sich selbst gegebenen Bestimmung. Dann aber erfaßt Art. 12 GG auch die Freiheit der iuristischen Person ³⁾, Art. 19 Abs. 3 GG.

Für ausländische iuristische Personen gilt das anfangs Gesagte mit der Besonderheit, daß sie einer weiteren Genehmigung gemäß § 12 GewO, § 292 AktG bedürfen ⁴⁾.

-
- 1) man denke an insbesondere im planmäßig nicht kontrollierbaren, streckenfreien Gelegenheitsluftverkehr mögliche Spionageflüge.
 - 2) die Formel läßt sich nicht umdrehen, vgl. Landm.-Rohm. Einl. 4 II.
 - 3) so die auch heute wohl überwiegende Meinung; Bachof, Freih., S. 178 ff; v. Mang.-Klein VI 4 zu Art. 12; Hamann S. 62 ff; Maunz S. 132; Eyerm.-Fröhl. 11. Aufl. Einl. 4 II 1; Fuhr 11 zu § 1; Sieber S. 53 ff, S. 68 Anm. 207, S. 69; Meyer ZLR 54/28 ff; vgl. im übrigen BVerwG v. 10. 7. 58 in DÖV 59/61 (62¹), BVerwGE 3/304 (306), E 6/145 (147); aA Haußleiter S. 497¹ unter Berufung auf den Wortlaut des Art. 12 GG (Beruf) und Art. 2 GG (Persönlichkeit); die sonderbare Auffassung in Landm.-Rohm. 10. Aufl., Einl. 4 II, wonach einer ungehemmten Entfaltung von Kapitalgesellschaften durch engste Auslegung des Grundgesetzes gesteuert werden sollte, ist abzulehnen.
 - 4) hier ist auf die Ausführungen Fuhrs zu § 12 zu verweisen; vgl. auch Ritter NJW 64/279 ff (282).

4) GENEHMIGUNG ALS POLIZEIERLAUFNIS

Bisher haben wir im Rahmen der allgemeinen Voraussetzungen für einen möglichen Anspruch auf die Genehmigung nach §§ 20, 22 die grundsätzliche Zulässigkeit und Gründe der Genehmigungspflicht untersucht. Angesichts des positiven Ergebnisses wäre es indessen verfrüht, sogleich einen Anspruch festzustellen oder abzulehnen. Wir müssen zuvor wissen, welcher Charakter dieser Genehmigung ihrem rechtsstaatlich-verwaltungsrechtlichen Erscheinungsbild nach innewohnt.

Zwei Möglichkeiten bieten sich an: a) Verleihung eines Hoheitsrechts, b) Erteilung einer Betätigungserlaubnis.

a) Kein Akt der Verleihung

Das Kammergericht hat in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1930 ¹⁾ die Genehmigung nach § 11 LuftVG aF ²⁾ als einen "Akt der Verleihung" verstanden. Es ging letztlich davon aus, der Staat habe ein besonderes Recht an seinem Luftraum, dem eine Verleihung von Rechten in diesem Raume entspreche. Zur Begründung führte das KG damals den § 16 LuftVG aF an, wonach "das Recht zum Betrieb von Luftfahrtunternehmen" und ähnlichen der Luftfahrt dienenden Einrichtungen "gegen angemessene Entschädigung" vom Reich übernommen werden konnte.

Diese Entscheidung ist von der Literatur nahezu einstimmig abgelehnt worden ³⁾ und auch nach der Neufassung des LuftVG nicht zu billigen. § 16 aF ist ohnehin ersatzlos weggefallen. Ein Staatsmonopol zum Betrieb der entgeltlichen Beförderung mit Luftfahrzeugen gibt es nicht, jedenfalls mit Sicherheit nicht für den Gelegenheitsverkehr ⁴⁾. Der Staat kann keine Luftfahrtprivilegien im Sinne einer

1) KG 4. StrS, Urt. v. 30. 6. 1930 in NJW 1931 I S. 901 ff.

2) vgl. oben Anm. 1 S. 7.

3) vgl. Niemeyer JW 31 I S. 901 ff; Döring Anm. 4 zu § 11; Koffka-Bod. - K. S. 61; Schleicher-Reymann Anm. 5 zu § 11; Basarke S. 101; Rigoll S. 7 ff; E. R. Huber Bd. I S. 766; Meyer ZLR 54/36.

4) vgl. Koffka-Bod. -K. S. 61; es mag dahingestellt bleiben, wie weit ein solches Monopol für den Linienverkehr besteht; aus den §§ 20, 21 ist es nicht zu entnehmen, wird in der Literatur auch verneint; vgl. Lättsch S. 60, 117; Röhl S. 69; durch die erhebliche Beteiligung des Bundes an der Deutschen Lufthansa AG - vgl. Handbuch AG S. 3489, Bundeshaushaltspläne 1960 Titel 1217, ebenso 1961 - besteht zwar ein sogenanntes "faktisches Monopol"; über seine Zulässigkeit herrscht Streit (vgl. Fleiner

hoheitsrechtlichen Befugnis verteilen. "Die Benutzung des Luftraums durch Luftfahrzeuge ist frei ..." (§ 1 Abs. 1 LuftVG aF und nF). Jedermann hat ein Recht, mit Flugmaschinen am Luftverkehr teilzunehmen, soweit keine speziellen Beschränkungen bestehen (§ 1 Abs. 1). Damit ist die Benutzung des Luftraums durch Luftfahrzeuge von den Rechten und Interessen anderer abgegrenzt. Nicht aber hat der Bund hier generell ein Recht "verliehen" 1) 2).

b) Erlaubnis zur Schutzgewähr

Angesichts der Proklamation der "Freiheit der Luft" (§ 1 Abs. 1) hat der Gesetzgeber in dem Erfordernis einer Genehmigung eine Sperre gesetzt. Nach der Staatslehre des monarchischen Prinzips ³⁾ stellte diese Schranke die allgemeine hoheitliche Freiheit teilweise wieder her. Eine Erlaubnis bzw. Genehmigung würde unter dem Gesichtspunkt - wenn nicht zu einer Verleihung so doch mindestens - zu einer der echten Konzession (z.B. Eisenbahn) recht nahestehenden Rechtsgewährung ⁴⁾. - Nach dem heute vorherrschenden demokratischen Prinzip hat sich die Polarität jedoch umgekehrt: die freie menschliche Persönlichkeit ist oberster Rechtswert. Jede Begrenzung kann nur zum Schutze eben dieser Frei-

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 35

S. 37); dem Sinn und Zweck des Gesetzes nach ist jedenfalls ein rechtliches Monopol abzulehnen; die §§ 20, 21 dürfen nicht durch wirtschaftliche Unternehmungen des Bundes - aus welchen Gründen auch immer ("nationale Repräsentation") - ausgehöhlt und damit gegenstandslos werden.

- 1) so auch Schleicher-Reymann Anm. 5 a zu § 11.
- 2) Etwas anders liegt es im schweizerischen Luftverkehrsrecht (Bundesgesetz über die Luftfahrt vom 21.12.1948). Hier handelt es sich bei der Luftbeförderung in der Tat um ein dem schweizerischen Postregal nachgebildetes Luftverkehrsregal; der Staat nimmt die Luftbeförderung in erster Linie für sich in Anspruch und verteilt "Konzessionen". Das gilt jedoch auch hier nur für den Linienverkehr, während es im Gelegenheitsverkehr bei der "Be-willigung" bleibt (vgl. Artt. 27 und 33 d. G.).
- 3) allgemeine Handlungsfreiheit des Monarchen und seiner Verwaltung unter nachträglicher Selbsteinschränkung durch Gesetze; vgl. Ehmke "Ermessen" S. 41.
- 4) Kormann S. 99 charakterisiert denn auch die Erlaubniserteilung als "Ver-leihung" eines Dürfens. Selbst Giacometti S. 351 spricht von "freiheits-gewährenden" Verfügungen.

heit vorgenommen werden, die ihrerseits ihr Wesen erst durch den Anstoß an die Freiheit des anderen gewinnt ¹⁾. Diese der Ordnung des Grundgesetzes zu Grunde liegende Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen und seiner Freiheit ²⁾ zwingt Legislative und Exekutive allein zur Schutzgewähr. Nur in der Verfolgung dieses Zweckes sperrt das Gesetz einen Teil der Freiheit ab, ohne ihn gänzlich vorenthalten zu dürfen. Die Genehmigung wird damit zur gewerberechtlichen Erlaubnis ³⁾, auch den zuvor nicht verfügbaren Freiheitsbereich zu betreten. Indem sie das präventive Verbot überwindet, eröffnet sie den Zugang auch zu dem Teil der ursprünglichen, grundgesetzlich garantierten, natürlichen Handlungsfreiheit ⁴⁾.

Jeder Bewerber, der gewisse Voraussetzungen erfüllt, hat damit ipso iure die Möglichkeit, über eine Erlaubnis sein Tätigkeitsfeld auch auf das Gebiet des Gelegenheitsluftverkehrs auszudehnen ⁵⁾. Ohne auf eben diese speziellen Voraussetzungen schon hier im einzelnen eingehen zu müssen, können wir aus den Darlegungen an früherer Stelle folgendes festhalten; es kommen nur die Rechte und Freiheiten anderer und damit der Gemeinschaft schützende Voraussetzungen in Betracht, niemals solche, die die Freiheit des Bewerbers über ihre natürlichen Grenzen hinaus erweitern und die der Gemeinschaft beeinträchtigen. Diese Feststellung ver-

-
- 1) andernfalls sie sich rasch zur Anarchie entwickelte.
 - 2) vgl. P. Schneider I. d. pro lib. insbes. S. 290; ausdrücklich spricht nun auch das BVerfG von dieser Freiheitsvermutung, vgl. BVerfG E 13/97 ff (105), Beschl. v. 17. 7. 61 (Handw. -Entsch.).
 - 3) mit den verschiedensten Begründungen wohl herrsch. Auffassung, vgl. oben Anm. 3 S. 35 sowie Gimpel S. 19¹ und Graumann S. 1487²; auch im GüKG wird die Genehmigung des Güterfern- und -nahverkehrs überwiegend als gewerberechtliche Erlaubnis angesehen; E.R. Huber I S. 756; Ruwe 8 zu § 20 (anders 1 zu § 11) und Hein-Eichh. -Puk. -Kr. 8 zu § 80 (anders 1 zu § 11).
 - 4) Insoweit gilt die "Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen, die Vermutung, daß der Mensch in Freiheit sich aller Wahrscheinlichkeit nach "rechtmäßig" verhalten werde" (P. Schneider I. d. pro lib. S. 269) erst, nachdem im Hinblick auf die natürliche Gefährlichkeit des Vorhabens gleichsam die Vermutung für einen Schadensfall in Abwägung zur Freiheitsvermutung als nach menschlichem Ermessen widerlegt erachtet werden konnte.
 - 5) davon gehen auch d. "Richtlinien" v. 10. 8. 55 aus, in denen es im 1. Abschnitt IV 1. Abs. heißt: "Die Genehmigung ist eine Pol. -Erl.; sie wird erteilt, wenn sich gegen die Zulassung des Untern. aus Gründen d. öff. Sich. u. Ordn. keine Bedenken ergeben ..."; vgl. auch § 41 Abs. 1 LuftVO v. 15. 9. 1957.

mittelt der Polizeierlaubnis (Genehmigung) für den Bereich und Betrieb eines Gelegenheitsluftverkehrsunternehmens den Charakter der Unbedenklichkeitsbescheinigung, "Gegen die Zulassung bestehen keine gewerbepolizeilichen Bedenken aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung",¹⁾ Schon der terminus zeigt deutlich, wie nicht die Tätigkeit als solche zunächst verboten ist - gerade sie wird sowohl durch die Garantien des GG als auch durch § 1 Abs. 1 als frei gewährleistet - vielmehr wird nur ihr Beginn einer bestimmten Überzeugung der Behörde unterstellt²⁾. Insoweit aber wirkt die Genehmigung durchaus konstitutiv und nicht nur deklaratorisch³⁾. Sofern sie ohnehin das von Rechts und Verfassungs wegen bestehende Freiheitsrecht der verkehrsgewerblichen Betätigung nur bestätigt, handelt es sich nicht um eine beabsichtigte Wirkung. Diese Folge tritt vielmehr automatisch ein auf Grund ihrer Unfähigkeit, etwas zu gestatten, was nicht verboten ist und von Verfassungs wegen nicht verboten werden kann.

Beabsichtigte Wirkung ist es aber, für den Berechtigten eine besondere verwaltungsrechtliche Lage zu schaffen, seine Verhältnisse zu gestalten; es handelt sich so nach um einen gestaltenden Verwaltungsakt⁴⁾.

Das Recht zum Betrieb eines Gelegenheitsluftverkehrsunternehmens wird nicht als Hoheitsrecht verliehen. Das Grundgesetz lehnt die Arbeits- bzw. Betriebspflicht im Sinne einer privaten Dienstleistungspflicht grundsätzlich ab (Art. 12 Abs. 2 S. 1; 17 a GG). Der Staat kann deshalb niemanden zwingen, sich einem derartigen Unternehmen zu widmen, es zu beginnen und zu betreiben. Es kann offen bleiben, ob er den Fortbestand einer Genehmigung von einer ununterbrochenen Betriebspflicht in Form einer Auflage abhängig machen kann oder ob er überhaupt

-
- 1) Ruwe 8 zu § 80; Bonner Komm. II 4 zu Art. 12; Hein-Eichh. -Puk. -Kr. 8 zu § 80; Hamel S. 1068 zieht mit Erteilung der Erlaubnis den "Schlagbaum" für die private Initiative hoch.
 - 2) und nur in dem Sinn ist von einer Wiederherstellung der Betätigungsfreiheit - die durch die Erlaubnispflichtigkeit ihres Beginns nur bestätigt wird - mit Haselau S. 100 f. zu sprechen. Giacometti S. 351 nennt den Vorgang: die Aktualisierung einer schon bestehenden Rechtslage - nämlich des ursprünglichen Freiheitsraums i. S. d. BVerfG (Beschl. v. 5. 5. 64 NJW 64/1515 ff - 1518).
 - 3) Die abweichende Ansicht Haselaus S. 192/193 ist deshalb abzulehnen. Sie verkennt den Unterschied zwischen der bloßen Feststellung "in Ordnung" und der gestaltenden Kraft der Aussage "wird die Genehmigung erteilt und diese widerrufen, wenn"; Wolff, § 43 III c 2 (S. 225), spricht hier richtig von einer "Gestattung".
 - 4) zu diesem Ergebnis kommen auch Forsthoff 6. Aufl. S. 186 und E. R. Huber I S. 698.

eine Genehmigung nur unter der Auflage erteilen darf, den Betrieb in Zukunft unter allen Umständen zu führen, es sei denn es erginge ein Widerruf. Zumindest letzteres erscheint angesichts des Art. 12 Abs. 2 S. 1 GG als zweifelhaft. Die Genehmigung hängt somit in jedem einzelnen Fall von der Initiative des Begehrenden ab (Antrag). Sie kann insoweit als sogenannten mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt verstanden werden ¹⁾.

Die "Freiheit der Luft" ist demnach für den gewerblichen Gelegenheitsluftverkehr eingeschränkt durch eine Initialsperr mit Erlaubnisvorbehalt ²⁾. Sie verhindert diesen Verkehr nicht, setzt aber eine "wirksame, vorherige Kontrolle durch die Verwaltungsbehörden" ³⁾ an seinen Beginn.

§ 2

§§ 1, 20, 22 ALS ANSPRUCHSGRUNDLAGE

Als Ergebnis zur Prüfung der allgemeinen Voraussetzungen eines möglichen Anspruchs auf Erteilung der Genehmigung können wir zusammenfassen:

- a) Eine Genehmigung als allgemeine Tätigkeitsvoraussetzung ist im Luftverkehrsgewerbe erforderlich und zulässig.
- b) In gleicher Weise begründet und zulässig ist die Genehmigung gemäß §§ 20, 22 für den Gelegenheitsluftverkehr in seiner Abgrenzung von den sonstigen Genehmigungsgegenständen des § 20.
- c) Diese Genehmigung ist eine Polizeierlaubnis (Unbedenklichkeitsbescheinigung) und bewirkt den Fortfall der Initialsperr.

Diese allgemeinen Voraussetzungen befähigen die Vorschriften der §§ 1, 20, 22 zur Grundlage für einen Anspruch. Sie geben jedem Deutschen grundsätzlich die Möglichkeit, nach Erfüllung bestimmter "besonderer Voraussetzungen" einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung geltend zu machen. Ob er das freilich

1) im Sinne Forstoffs, 6. Aufl. S. 188 ff.

2) etwa im Sinne Otto Mayers, Lehrbuch des VerwR, 3. Aufl., Bd. I, S. 245 und Latschs S. 117; wegen Einzelheiten zum Problem der Rechtsnatur der Erlaubnis muß auf die eingehenden Darstellungen bei Haselau verwiesen werden.

Der oben dargestellten Ansicht ist auch Abraham, Bd. II, Anm. 10 zu § 20 beigetreten.

3) Forsthoff S. 235.

kann, setzt vorab noch voraus, daß die Behörde keinen Raum für freies Ermessen findet. Denn in dem Fall bliebe es unerheblich, ob besondere Erfordernisse für diesen Anspruch erfüllt wären oder nicht; die Exekutive könnte immer noch, wenn auch unter Beachtung von Gleichheitssatz und Willkürverbot, selbständig und frei würdigen, inwieweit der Interessent überhaupt etwas erhält.

§ 12 DVZ zum PBefG vom 16. 1. 1952 gestand der Behörde eine uferlos weite Möglichkeit an, die Genehmigung trotz Erfüllung der Voraussetzungen nach § 9 PBefG aF zu verweigern. Mit Recht wurde die Vorschrift seit langem als mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar nicht mehr angewendet¹⁾. Grund für die Nichtanwendung war die Weite des Ermessensspielraums, der sich als vom Bewerber unbeeinflussbar und somit als objektive Zulassungsvoraussetzung ohne Schutzwirkung zugunsten legitimer öffentlicher Interessen erwiesen hatte.

Hiermit ist auch die Linie für die heute herrschende Meinung vorgezeichnet, daß der Antragsteller einen Anspruch auf Erteilung der Gewerbeerlaubnis habe, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind²⁾. Die Gewerbeerlaubnis ist eine Kontrollschranke im Sinne einer Unbedenklichkeitsbescheinigung und kann als das normale Ergebnis der von der Behörde angestellten gesetzmäßigen Prüfungen angesehen werden. Fallen diese Prüfungen positiv aus, so gibt es grundsätzlich keine Möglichkeit mehr, die Genehmigung zu versagen. Die Verwaltung ist schon an ihre Feststellungen gebunden und unterliegt der Rechtspflicht, den "gebundenen Verwaltungsakt" zu erlassen. Der Bindung entspricht der ihr gegenüberstehende Anspruch des Bewerbers.

Dieses grundsätzliche Ergebnis auch im Bereich des Luftverkehrsrechts anzuwenden, hindert nichts. Insofern unterscheiden sich § 11 aF und § 20 nF nicht. Die in § 1 gewährte "Freiheit der Luft" (Luftfahrt) ist gesetzlich beschränkt und findet ihre ersten und engsten Grenzen in der Sonderregelung des § 20; erfüllt der Antragsteller die dort aufgezeichneten Merkmale, so steht - abgesehen von Bedingungen, Auflagen etc. - seiner freien Beweglichkeit im Luftraum³⁾ nichts mehr im Wege. Schon hieraus folgt unmittelbar der Anspruch auf ein Gebrauchmachen von dem durch das bedingte Verbot der Verwaltung auferlegten Erlaubnisvorbehalt. Das

- 1) vgl. statt aller Fuhr Einl. D X; das BVerwG, aaO, hatte schließlich die Kann-Vorschrift in eine Muß-Vorschrift i. S. d. Erteilung umgedeutet.
- 2) vgl. Haselau S. 192, E.R. Huber I S. 690/691, BVerwG Urt. v. 3. 11. 55 NJW 56/197¹, Württ. VGH Beschl. v. 29. 11. 55 VRspr. Bd. 8 Nr. 181 S. 739, VGH Freibg. Urt. v. 18. 7. 57 in PersV 58/55, BVerfGE 8/76 Beschl. v. 10. 7. 58, BVerwG Urt. v. 30. 10. 59 DVBl 60/170².
- 3) jenseits der von § 905 BGB umrissenen Räume, also auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts.

Vorbehaltsrecht ist also unter dieser Bedingung eine Vorbehaltspflicht ¹⁾, der die Erteilungspflicht dem positiv beurteilten Bewerber gegenüber die Waage hält.

Aber auch der Wortlaut des § 20 steht dem allgemeinen Grundsatz nicht entgegen. Wenn es darin heißt " ... ist zu versagen ... ", so erschöpft sich dieses Muß in den vorhandenen engen Grenzen. Die Behörde ist nicht berechtigt, darüber hinaus weitere Versagungsgründe zu Lasten des Antragstellers nach Ermessen oder Belieben zu erfinden; sie darf allenfalls Auflagen oder Bedingungen stellen ²⁾.

Diese Überlegungen rechtfertigen es, den Antragsteller nach Erfüllung der besonderen - insoweit mit Art. 12 GG vereinbaren - Zulassungsvoraussetzungen des § 20 als Inhaber eines Anspruchs, eines subjektiven öffentlichen Rechts ³⁾ auf Vornahme des gebundenen Verwaltungsaktes der Genehmigung i. S. d. §§ 20, 22 anzusehen ⁴⁾. Giacometti ⁵⁾ wendet sich zwar mit Nachdruck gegen die iuristische Möglichkeit subjektiver öffentlicher Rechte, indem er - insoweit zutreffend - auf den Grundstatus libertatis des Individuums abstellt, der besondere öffentliche Rechte überflüssig macht. Er kann aber nicht umhin, diese Position des Bürgers wenigstens als Reflexwirkung objektiven Rechts anzusehen, die auf den status des Individuums im Rechtsstaat ausstrahlt. Er mag Recht haben, daß der Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts mit der Folge eines Anspruchs gegen den Staat einem status subjectionis entspringt. Indessen ist ein gewisser status passivus des Bürgers nicht zu leugnen. Er lebt als Glied in der Gemeinschaft, die er sich selber ständig neu schafft, in die er sich einzureihen hat, die gleichsam aktualisierter Gemeinwille im Rousseauschen Sinne ist; allein die Tatsache des in ihr Lebens beschränkt ihn, degradiert ihn zwar gewiß nicht zum Untertanen (seiner selbst), zwingt ihn aber in eine von den rechtsstaatlichen Verfassungssätzen umgrenzte Abhängigkeit zum Ganzen. Insoweit zumindest muß es gestattet sein, auch weiterhin die Möglichkeit subjektiver öffentlicher Rechte zu bejahen.

1) die Behörde muß auf die Erfüllung der Voraussetzungen achten.

2) darüber siehe später.

3) im weiteren Sinne, wie ihn Wolff 5. Aufl. 1963 § 43 I c S. 227/228, § 43 III a 2 S. 231, und Bühler S. 274 verstehen als "diejenige Stellung des Untertanen zum Staat, in der auf Grund ... eines zwingenden zum Schutze seiner Individualinteressen erlassenen Rechtssatzes, auf den er sich der Verwaltung gegenüber soll berufen können, vom Staat etwas verlangen kann ...".

4) im Ergebnis gleich Niemeyer S. 902²/903¹, Latsch S. 117, Rigoll S. 14, Warncke S. 61; Rinck S. 2.

5) § 20 S. 314, 315, 316, 317.

BESONDERE ANSPRUCHSVORAUSSETZUNGEN

1. ZULASSUNGSVORAUSSETZUNGEN UND ART. 12 GG

Die Freiheit der Wahl und der Ausübung des Berufs werden dem einzelnen im Grundrecht der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG, garantiert. Soweit ein Gesetz dem Berufsbewerber Zulassungsbeschränkungen und Zulassungsvoraussetzungen entgeghenhält, schränkt es dieses Grundrecht in bestimmtem Umfang ein.

Auszugehen ist bei der Frage nach dem Umfang der gewährleisteten Freiheit und dem Maß ihrer Beschränkbarkeit von der Natur der Freiheit selbst, und zwar ohne Rücksicht auf den jeweiligen Grundrechtssatz. Die echten Grundrechte, zu ihnen zählt auch Art. 12 Abs. 1 GG, verschaffen in erster Linie dem einzelnen ein subjektives Recht, gestalten also seine Position im Verhältnis zum Staatswesen. Zugleich üben diese Individualrechte Wirkungen auf die Sozialgesamtheit aus. Diese Wirkungen sind aber nicht das Wesentliche des Rechts, sondern - wie Zivier zutreffend hervorhebt ¹⁾ - lediglich Reflexe. Man muß sich indessen vergegenwärtigen, daß solche Reflexwirkungen von allen Grundrechten und damit auch von allen Trägern dieser Grundfreiheiten ausstrahlen. Daraus gewinnt die Freiheit einen eigenen überindividuellen, gemeinschaftsbezogenen Gehalt, der ihrer ungehemmten Entfaltung Schranken setzt. Freiheit ohne Grenzen ist sonach im sozialen Zusammenleben nicht denkbar; sie würde sich am Ende selbst aufheben ²⁾.

Der eigentliche Grundrechtssatz der Berufsfreiheit enthält - wie Zivier es ausdrückt ³⁾ - ein Zuviel an Freiheit, das die Verfassung im Hinblick auf ihren Zweck, das gedeihliche Zusammenleben im Staate zu sichern, nicht gewähren will. Ausgeglichen wird dieses Zuviel durch den Gesetzesvorbehalt, Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG ⁴⁾. Damit wiederum würde dem Gesetzgeber und den ausführen-

1) S. 43/44, 61.

2) Nur insoweit wohnt jedem Freiheitsrecht die Notwendigkeit seiner eingeschränkten Entfaltbarkeit inne, könnte man von "Immanenz" sprechen. Ob es aber definierbare immanente Grundrechtsschranken im Sinne der Lehre des BVerwG gibt (vgl. BVerwGE 2/89 ff, 93), bedarf im Rahmen dieser Arbeit keiner Prüfung; mit Recht weisen Arndt NJW 64/24² und insbes. P. Schneider I. d. pro lib. S. 286 Anm. 69 warnend auf die Gefahren der Immanenz-Lehre hin.

3) S. 34; 76/77.

4) dieser Vorbehalt erstreckt sich auch auf die Berufswahl, da Wahl und Ausübung des Berufs nicht sicher voneinander abgrenzbar sind, vgl. BVerfG in NJW 58/1035 ff, 1037.

den Organen die Möglichkeit eingeräumt, ihrerseits ein Zügel an Schranken zu errichten. Die Vorschrift des Art. 19 Abs. 2 GG wirkt hier als Korrektiv, indem sie das Verhältnis zwischen Freiheit und Bindung steuert. Der Wesensgehalt des Grundrechts ist unantastbar.

Mit der Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG wird ein Angriff auf den Garantiegehalt des Grundrechts untersagt. Den Garantiegehalt des Art. 12 Abs. 1 GG hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Apothekenurteil eingehend ermittelt¹⁾. Eingriffe in das Grundrecht der Berufsfreiheit können danach²⁾ nur dann gerechtfertigt werden, wenn sie zum Schutz anderer für den Bestand der Gemeinschaft unabdingbarer Gemeinwohlüter geschehen. Um aber einen Angriff auf den Wesensgehalt des Freiheitsrechts auszuschließen, bedarf es der Beobachtung von vier tragenden Prinzipien:

1. Zwingende Notwendigkeit des Eingriffs;
2. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs relativ zum verfolgten Zweck (Übermaßverbot, Wahrung von Form und Umfang des Eingriffs);
3. Grundsatz der Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit der Grundrechts-schranken; Willkürverbot⁴⁾;
4. Freiheitsvermutung zugunsten des Menschen und Grundrechtsträgers,

Zulassungsvoraussetzungen und Zulassungsbeschränkungen, die diesen Grundsätzen folgen, überspannen somit den intensiv kontrollbedürftigen Raum zwischen dem Zügel an grundgesetzlich gewahrter Freiheit und der Verletzung grundrechtlichen Wesensgehalts. In diesem Bereich zwischen beiden Extremzonen dehnt sich die natürliche Handlungsfreiheit. Sie findet ihre Grenzen am Schutz übergeordneter Gemeinschaftsgüter. Solange die oben angeführten vier Grundprinzipien des Eingriffsrechts für einen staatlichen Machtspruch gewahrt werden, kann deshalb der Wesensgehalt des Grundrechts der Berufsfreiheit denkmäßig nicht angetastet werden⁵⁾. Je drängender und einschneidender die legitimen Belange der Allgemein-

1) darin ist Zivier, S. 83, zuzustimmen.

2) vgl. die vom BVerfG aaO entwickelte und in der Handwerksentscheidung (E 13/97 ff) fortgebildete "Stufentheorie".

3) zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vgl. insbes. P. Schneider, Prinzipien S. 32 Anm. 101; auch Wolf S. 436; OVG Kobln. Urt. v. 1.2.55 NJW 55/1003¹; Meyer ZLR 54/38; BVerfG Urt. v. 11.6.58 E 7/378, Beschl. v. 30.10.61 NJW 61/2299², Beschl. v. 17.7.61 NJW 61/2012¹ und 2013¹; BGH Urt. v. 18.11.59 GewArch 61/15.

4) hierzu siehe auch Zivier S. 65 ff.

5) vgl. hierzu Maunz, 7. Aufl. S. 107; Zippelius S. 354; Bonner Komm., Wernicke Anm. II 2 a zu Art. 19 einerseits und Zivier S. 83 ff (IV) andererseits. Insoweit haben v. Mang.-Klein, Art. 19 V 7 a, recht, wenn sie die Vorschrift des Art. 19 Abs. 2 GG für rechtstheoretisch überflüssig halten.

heit hier und da Eingriffe fordern, desto unnachgiebiger richten sich die Spitzen der vier Schutzprinzipien gegen sie, umso schärfer tritt der Garantiegehalt des Grundrechts, sein Wesensgehalt in seinen Konturen hervor ¹⁾.

Die Schranken der Berufsfreiheit lassen sich sonach mit Hilfe der Gemeinschaftsbezogenheit des Grundrechts schon in seiner Gewährleistung selbst liegend unmittelbar in Art. 12 GG erkennen. Auch die Grenzen der Eingriffsfreiheit seitens des Staates werden durch den Garantiegehalt des Grundrechts, wie ihn das BVerfG als materiellen Wesensgehalt des Art. 12 GG ermittelt hat ²⁾, sichtbar. Die Vorschrift des Art. 19 Abs. 2 GG zieht um diesen gleichsam noch unscharfen und je nach dem Einzelfall unterschiedlich erkennbaren Einwirkungshof eine harte, unübersteigbare Linie; mit ihr erst wird die eigentliche substanzerhaltende Garantie des in Art. 12 GG gewährleisteten Grundrechts ausgesprochen und die Berufsfreiheit selbst in grenzbestimmender Weise (deklarativ) gegen ihre gänzliche Vernichtung abgesichert.

Unter den vorgenannten Gesichtspunkten sind Zulassungsbeschränkungen statthaft, falls eine ungehemmte Berufsergreifung und -ausübung mit hoher Wahrscheinlichkeit und erfahrungsgemäß die Allgemeinheit nicht unbeträchtlich gefährden würden. Dann nämlich darf der Gesetzgeber die Stufe der reinen Ausübungsregelung überschreiten. - In erster Linie kommen zu dem Zweck die sogenannten subjek-

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 43

Die Vorschrift stellt nur noch eine besondere Ausformung des Art. 1 Abs. 3 GG dar. Andererseits dürfen wir die historische Bedeutung dieses Artikels und seine Stellung in unserer jungen Demokratie nicht übersehen.

- 1) hier darf auf die Dissertation Ziviers verwiesen werden, insbes. S. 78 ff.; im Ergebnis ebenso Schneider Gutachten S. 88, 95 ff. und Stellungnahme S. 49: "Der Wesensgehalt eines Grundrechts ist dann nicht verletzt, wenn die Grundrechtsbeschränkung durch ein Gesetz erfolgt, welches die Voraussetzungen des Eingriffs in objektiv feststellbarer Weise bestimmt und ihn als unabdingbares Mittel zur Erreichung eines höherrangigen Gemeinschaftsgutes ausweist." Zu ergänzen ist zu diesen Garantien (Berechenbarkeit, Verhältnismäßigkeit, Vorrangigkeit) die der Freiheit: "Nur soweit die Voraussetzung als widerlegt gelten kann, daß der Mensch" (nicht - wohl ein Druckfehler) "in Freiheit das fragliche Gemeinschaftsgut verwirklicht, ist ein gesetzlicher Eingriff notwendig" (P. Schneider aaO) und - ohne Wesensgehaltverletzung - zulässig.
- 2) vgl. oben Anm. 1 S. 43.

tiven Zulassungsvoraussetzungen in Betracht, die der Bewerber in seiner Person nach seinem freien Entschluß unbeengt von fremdem Willen erfüllen und auf die er Einfluß nehmen kann. Denn die Freiheit der Berufswahl soll einen freien, in das Belieben der Teilnehmer gestellten Leistungswettbewerb ermöglichen ¹⁾ ²⁾. Ist der Bewerber aber insofern frei, so wird durch derartige Voraussetzungen der Wesensgehalt des Grundrechts nicht berührt, wenn sie nicht außer Verhältnis zum angestrebten Zweck - Abwendung drohender Gefahren - stehen ³⁾ oder außerhalb des jeweiligen Berufs liegen ⁴⁾. Derartige Schranken kann der Bewerber selbst durch seinen Fleiß, eigene Tüchtigkeit, entsprechende Lebensführung und Betriebsgestaltung heben. Auf gleicher Ebene liegen auch solche Verhältnisse, die tatsächliche, aber nicht normativ-rechtliche Hindernisse bereiten wie z. B. wirtschaftliche Unmöglichkeit einer Ausbildung, Unfähigkeit zum Bestehen einer Prüfung usw. ⁵⁾.

Anders sind die sogenannten objektiven Zulassungsvoraussetzungen zu bewerten. Sie sind der Einflußnahme durch den Betroffenen entzogen und sperren, soweit die entsprechenden Bedingungen erfüllt sind, den Zugang zum Beruf generell. Damit würde der Gesetzgeber in die Phase der Berufswahl unmittelbar eingreifen. Denn selbst wer alle übrigen erforderlichen Voraussetzungen erfüllt und seinen Beruf bereits gewählt hat, kann nun durch objektive, von ihm nicht steuerbare Voraussetzungen von der Zulassung ausgeschlossen bleiben. Diese Möglichkeit wird den Bewerber meist schon in seiner Wahl hemmen. Der Wert des Grundrechts ist dadurch für den Bewerber erheblich beeinträchtigt - nämlich äußerstenfalls bis zur Grenze des Art. 19 Abs. 2 GG. Folgen objektive Zulassungsvoraussetzungen nicht allen vier Prinzipien zur Wahrung einer Grundfreiheit, berühren sie das Recht in

-
- 1) Bonner Komm. II 4 zu Art. 12; OVG Hambg. Urt. v. 30.3.51 DVBl 51/386.
 - 2) Bachof JZ 58/471² ist zuzustimmen, wenn er trotz Forderung freien Leistungswettbewerbs nicht einem extremen liberalen "laissez faire" das Tor öffnen will; es kommt vielmehr darauf an, mit einem Rechts- und Sozialstaat unvereinbare Sonderinteressen einzelner gegenüber dem Gemeininteresse und daran zu orientierende Einzelinteressen im Sinne des GG voneinander zu scheiden.
 - 3) Becker NJW 55/1739; Fuhr Einl. D V 1; Bonner Komm. II 4 zu Art. 12; Wolf S. 436; BGH Gutachten v. 28.4.52 DVBl 53/473; so stellt auch letztlich das BVerfG Beschl. v. 17.7.61 NJW 61/2012² fest: "auch subjektive Zul.-Vorausss. sind nur zum Schutze eines wichtigen Gemeinschaftsgutes gerechtfertigt" - also vereinbar mit Art. 12 (stdg. Rspr. des BVerwG Urt. v. 27.6.61 NJW 61/1834 f., allgemeiner noch BVerfGE 7/407 Apoth.-Urt.
 - 4) v. Mang. -Klein Art. 12 V 1 b Nr. 3 und V 4 a Nr. 5.
 - 5) richtig Wolf S. 436; auch BVerfGE 13/97 ff. (Handw.-Entsch.).

seinem Garantiegehalt. In dem Fall ist das entsprechende Gesetz grundsätzlich verfassungswidrig. Sollen sie aber die Garantieregeln erfüllen, so wird nur der Zweck, schwere Gefahren für ein besonders bedeutsames Gemeinwohlgut abzuwehren, den Eingriff rechtfertigen. Die Prinzipien der Vorrangigkeit und Verhältnismäßigkeit gewinnen also in dem Fall stärkeres Gewicht. An den Nachweis der Notwendigkeit einer solchen Freiheitsbeschränkung im beschränkungsfähigen Raum sind deshalb besonders strenge Anforderungen im Sinne der vier Garantien zu stellen ¹⁾.

2. UNEINHEITLICHKEIT DES VERKEHRSWESENS

Unter den eingangs dieses Kapitels festgestellten Gesichtspunkten sind Zulassungsvoraussetzungen im gesamten Verkehrsgewerbe als mit dem Grundgesetz vereinbar zulässig ²⁾. Für objektive Voraussetzungen insbesondere kommt es darauf an, ob das Verkehrsgewerbe einheitlich, der Verkehr zu Lande und in der Luft getrennt oder jede einzelne Verkehrsart (z. B. Gelegenheitsverkehr in der Luft) für sich zu betrachten ist.

Das Bundesverwaltungsgericht hat seit jeher ³⁾ die Frage nach einer Beschränkung der Berufszulassung im Personenverkehr (betr. "die Interessen des öffentlichen Verkehrs") jeweils gesondert für die gerade beurteilte Verkehrsart untersucht. Auf dem Einzelgebiete der Personenbeförderung zu Lande durch Kraftfahrzeuge ⁴⁾ hat das Gericht also die tatsächlichen sachlichen und wirtschaftlichen Unterschiede von Miet-, Ausflugswagen-, Linien- und Droschkenverkehr auch für die Ergebnisse seiner rechtlichen Beurteilungen eines "überwiegenden Interesses der Allgemeinheit" (z. B.) maßgebend sein lassen. Diese Ansicht ist richtigerweise auch auf die Differenziertheiten der verschiedenen Verkehrsmitten (Landverkehr, Luftverkehr) anzuwenden und hat gleichfalls innerhalb des Luftverkehrs zu gelten. Denn auch hier ergeben sich unterschiedliche Verkehrsarten nicht nur aus dem gesetzlichen Zusammenhang, sondern sind speziell als verschiedene geregelt (§§ 20/22, 20/21).

Die Gegenmeinung ⁵⁾ betrachtet den Verkehr wie eine Lebenserscheinung als

1) so auch das BVerfG i. Apoth.-Urt. aaO S. 408.

2) vgl. Anm. 3 S. 43, 3 S. 45; zu d. subj. Vorauss. auch Warncke S. 61 Anm. 1.

3) vgl. Urt. v. 10. 3. 54 (I c 25/53) NJW 54/1056, 1660.

4) zuständig ist das PBefG, jetzt i. d. Fass. v. 21. 3. 61.

5) insbesondere vertreten durch OVG RhPf Urt. v. 27. 3. 56 DVBl 56/692 ff., Sigl S. 25; Oppelt Anm. 6 zu § 9.

Einheit. Zur Begründung wird die "komplexe Ordnung des gewerblichen Personenbeförderungswesens im PBefG" angeführt und eine nach Verkehrsarten und -mitteln unterschiedliche Betrachtungsweise als nicht den schutzwürdigen Interessen der Allgemeinheit am öffentlichen Verkehr gerecht werdend angesehen. Das Ergebnis solcher Ansicht erscheint untragbar. Ist der Verkehr, der sich nicht nur auf dem Lande, sondern auch in anderen Medien abspielt, ein einziger zusammenhängender Organismus auch in rechtlicher Hinsicht, dann gilt die "Einheit des Verkehrs" nicht nur auf der Ebene der Landbeförderung, sondern allgemein für jeden Beförderungsverkehr. Demnach müßten objektive Zulassungsvoraussetzungen ebenso nur einheitlich für alle Verkehrsunternehmen zulässig oder unzulässig sein; dies gälte selbst dann, wenn sie lediglich für eine Art der Beförderung (etwa nur zu Lande oder nur im Gelegenheitsverkehr oder nur für Taxi) notwendig bzw. zu rechtfertigen wären. - Diese Beurteilung des Personenbeförderungsverkehrs verbietet sich indessen. Bestünde wirklich eine solche "komplexe Ordnung", hätte es nicht verschiedener abschließender Kodifikationen der einzelnen Verkehrsbereiche bedurft. Die grundlegenden Unterschiede zwischen den einzelnen Verkehrsabteilungen und -arten lassen eine einheitliche, generalisierende Betrachtungsweise und im Gefolge ein einheitliches Generalverkehrsgesetz nicht zu. Auf diesen Verschiedenheiten fußend wirken die Verkehrsarten je in gänzlich anderer Art auf das Gemeinschaftsleben ein und unterliegen ihrerseits nach Art und Umfang völlig uneinheitlichen Einflüssen von dort her. Ist aber deshalb schon ein grundsätzliches gesetzgeberisches Generalisieren unmöglich, um wieviel mehr verbietet sich eine verallgemeinernde einheitliche Auslegung der einzelnen Verkehrsgesetze. Sie sind in ihren Voraussetzungen und Eigentümlichkeiten unabhängig voneinander ¹⁾. Hinzukommt, daß die Betrachtungsweise für die verschiedenen Verkehrsgebiete am Grundgesetz zu orientieren wäre, das "innerhalb eines im großen geordneten Verkehrswesens noch so viel an Freiheit für den Einzelnen aufrechterhalten will - und im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG aufrechterhalten muß -, als mit den Interessen der Allgemeinheit vereinbar ist" ²⁾. - Eine Generalisierung läßt sich nur in einer umfassenden Planwirtschaft vertreten, die die einzelnen Verkehrszweige ihren Eigentümlichkeiten zuwider in einen Gesamtverkehr einordnet, den es in natura nicht gibt ³⁾. Auch die amtliche Begründung zu § 11 aF (von 1922)

-
- 1) das wird durch die gegenseitige Beeinflussung bei Parallelverkehren (etwa Schiene - Straße) nicht ausgeschlossen; denn gerade sie beruht auf den wesentlichen Unterschieden der Gegenstände.
 - 2) so das BVerfG Urt. v. 8. 6. 60 PersV 60/160¹.
 - 3) vgl. dazu die entspr. Präambel zum PBefG von 1934, nach der "jedem Beförderungszweige diejenigen Aufgaben zugewiesen werden, die er im Rahmen d. Gesamtverkehrs und der Wirtschaft am besten zu lösen vermag".

zeigte deutlich die beabsichtigte planwirtschaftliche Lenkungsmaßnahme und damit ein unzulässiges Generalisieren des Gesetzgebers ¹⁾. Jede Betrachtungsweise fordert aber ihre eigene Abbildungsmethode!

Weder kann mithin der gesamte Verkehr rechtlich als untrennbar gewertet werden, noch ist dies zulässig für die verschiedenen Formen der Beförderung innerhalb eines Verkehrsbereichs wie der Luftfahrt. Die Natur der Sache und damit Gesichtspunkte der Gerechtigkeit lassen es nicht zu, die verschiedenen Verkehrsarten als einheitliches Ganzes, als einander gleich oder auch nur vergleichbar zu registrieren. Sie sind ungleich und ihrer Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln. Linien- und Gelegenheitsverkehr unterscheiden sich weit voneinander. Der Linienverkehr liegt hervorragend im Interesse der Allgemeinheit. Für ihn bestehen im Rahmen seiner Betriebserlaubnis Tarifzwang und Beförderungspflicht - beides Momente, die seine äußerst wichtige innerstaatliche und internationale ²⁾ Rolle unterstreichen. Er ergänzt den inländischen Landlinienverkehr in spezifischer funktionsgebundener Weise, konkurriert aber gerade auf größeren Entfernungen zwischen den Hauptknotenpunkten mit der Bundesbahn und ihren aufwendigen Schnell- und Schnellstverbindungen. Beide Verkehrsmittel bedürfen mithin aus staats-, wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen einer Sicherung ihres Bestandes und höchstmöglicher Wirtschaftlichkeit. Insoweit sind u. U. objektive Zulassungsvoraussetzungen auf der Stufe des günstigsten Verhältnisses zum verfolgten Zweck gerechtfertigt ³⁾.

-
- 1) bei Schleicher-Reymann zu § 11: "Die gewerbsmäßige Beförderung von Personen und Sachen durch Luftfahrzeuge (Luftfahrtunternehmen) wird in nicht zu ferner Zukunft im Verkehrsleben eine bedeutungsvolle Ergänzung der Verkehrsmittel bilden. Damit solche Luftfahrtunternehmen nicht in planlosem Wettbewerb einen sachgemäßen Aufbau des Luftverkehrs verhindern, vielmehr in die Wege der Verkehrsinteressen der Allgemeinheit geleitet werden, müssen sie der Genehmigungspflicht unterworfen werden ..."
 - 2) letztere aber im Rahmen dieser Studie ohne Bedeutung.
 - 3) vgl. etwa § 21 Abs. 1 S. 4, ohne daß noch weiter auf den Linienverkehr einzugehen ist; zur Stufentheorie; BVerfGE 7/377 (Apoth. -Urt.) S. 405.

3. GELEGENHEITSLUFTVERKEHR UND OBJEKTIVE ZULASSUNGSVORAUSSETZUNGEN

Den Gelegenheitsverkehr treffen jene Kriterien nicht oder doch nur in wesentlich geringerem Ausmaß. Gerade hier erscheint es sinnvoll, die einzelnen Formen des Gelegenheitsverkehrs gesondert zu prüfen und die schutzwürdigen Interessen der Allgemeinheit jeweils speziell festzustellen ¹⁾. Während es jedoch in der Kraftfahrzeugbeförderung neben Mietwagen, Ausflugsverkehr usw. den Kraftdroschkenverkehr gibt mit Tarifzwang, Beförderungspflicht und ähnlichen diesen wichtigsten Träger individueller Verkehrsbedienung charakterisierenden Eigenschaften, entfällt eine solche Sonderverkehrsart im Lufttransportgewerbe ²⁾. Zwar gibt es sogenannten Taxiflugdienst ³⁾; doch handelt es sich hierbei nicht um eine dem Straßen-Taxi entsprechende Luftverkehrseinrichtung, sondern um einen reinen Bedarfsverkehr mit voller Kontrahierungsfreiheit ⁴⁾. Der Gelegenheitsluftverkehr erbringt nur Leistungen des normalen wirtschaftlichen Verkehrs und dient vornehmlich der Befriedigung von "Luxusbedürfnissen" ⁵⁾. Damit wird nicht in Abrede gestellt: daß auch der Gelegenheitsluftverkehr Träger individueller Verkehrsbedürfnisse ist, dies vielmehr besonders hervorgehoben. Es besteht unzweifelhaft ein echtes Bedürfnis für den Verkehrszweig. Es ist u. E. aber auch in Zukunft nicht zu erwarten, daß der Gelegenheitsluftverkehr in dem hier interessierenden Raum - das ist der innereuropäische Bereich - jemals ernsthaft dem Landverkehr jeglicher Art Konkurrenz bieten kann und wird. Die Verkehrsverhältnisse Europas werden allein durch die verschiedenen Wirtschaftszentren bestimmt, die aber auf relativ kleinem Raum

-
- 1) so auch das BVerfG Urt. v. 8. 6. 60 PersV 60/160¹; diese Untersuchung hat mit einer Prüfung des Bedürfnisses nichts gemein. Im Gegensatz zu der vereinfachten Fragestellung dort "Kommt der Bürger nicht auch schon mit dem Vorhandenen zurecht?" - (eine Frage aus der Sicht der Exekutive), geht es hier um den Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter (also aus der Sicht des Bürgers). Blick- und Zielrichtung sind damit i. S. d. freiheitlichen Rechtsstaates um 180 Grad gedreht.
 - 2) so auch Gimbel S. 20¹.
 - 3) vgl. dazu oben unter Teil A, § 1, 3 c bb; er wird z. B. vom "Air Lloyd" Köln (früher "Deutsche Taxiflug GmbH Mannheim") betrieben, Industrie-Kurier v. 22. 10. 60.
 - 4) sogen. "Anforderungsverkehr" i. S. d. Richtlinien v. 10. 8. 55; Anforderung u. Zielbestimmung durch den Besteller; s. o.
 - 5) BVerfG aaO; Fromm DVBl 60/792; das sind solche, die über den objektiven und primären Zweck des Fluges = Transport zwischen Start- und Zielpunkt hinausgehen.

geballt liegen und leicht über Schiene und Straße zu erreichen sind. Das Flugzeug, einschließlich Hubschrauber, wird hier nie die Bedeutung gewinnen wie in einem großflächigen dezentralen Gebiet (z.B. USA, Afrika, Asien). Allein die Verkehrsdichte und die damit entstehenden Sicherheitsprobleme würden den Luftverkehr alsbald in enge Fesseln zwingen. Aus dem Grunde wird der Gelegenheitsluftverkehr (neben dem Kurzstreckenlinienverkehr, z.B. "Air-Bus" - soweit er nicht überhaupt die Merkmale des Linienverkehrs trägt) auch zukünftig in erster Linie Luxusbedürfnisse ¹⁾ befriedigen müssen.

Damit fehlt aber für diesen gesamten Gelegenheitsverkehr in der Luftfahrt, solange keine dem Droschkengewerbe gleichartige Einrichtung besteht - das wäre ein Problem der Gesetzgebung ²⁾ -, der Charakter als "überragend wichtiges Gemeinschaftsgut". Er bedarf mithin im Verhältnis zu sich selbst, zu seinen einzelnen besonderen Ausprägungen und Formen keines Schutzes durch objektive Zulassungsvoraussetzungen. Dieser Verkehr vermag wegen seiner Besonderheiten nicht einmal ernsthafte Konkurrenz den anderen Verkehrsabteilungen und -arten zu bieten ³⁾. Selbst wenn man ihnen den Charakter von grundsätzlich schützenswerten Gemeinwohlsgütern zuerkennen wollte, erwachsen ihnen aus der Freiheitsbetätigung durch Betrieb eines Gelegenheitsluftverkehrs keine so großen Gefahren, daß zu ihrer Bekämpfung auf objektive Zulassungsvoraussetzungen zurückgegriffen werden müßte. Konkurrenzinteressen zu schützen ist ohnehin ⁴⁾ nach dem Grundgesetz unzulässig ⁵⁾, es sei denn, ein so wichtiges Allgemeingut wie z.B. der Linienverkehr der Deutschen Bundesbahn müßte in Existenz und Funktion durch Verhinderung von ruinösen Konkurrenzen geschützt werden. Da dies alles aber auf den Gelegenheitsverkehr nicht zutrifft, sind objektive Zulassungs-

-
- 1) vgl. zu Anm. 6 S. 46; der Geschäftsflugreiseverkehr wird zwar noch um einiges zunehmen; allein in Deutschland und Europa ist wenig Luft, als daß er wirkliche Bedeutung gewinnen könnte - es sei denn, die staatlichen Bahnen schieden streckenweise aus; im übrigen begrenzt hier die zunehmende Zahl geschäftseigener Flugzeuge die Zunahme des Gelegenheitsluftverkehrs.
 - 2) vgl. § 13 Abs. 3 PBefG.
 - 3) wie es die Bundesbahn ihrem monopolartigen Charakter gemäß gern annimmt; vgl. auch den kurzen Artikel in der F. A. Z. v. 8. 8. 60 "Konkurrenzen aus der Luft".
 - 4) im Gegensatz zu § 11 aF - vgl. amtliche Begründung hierzu.
 - 5) "Konkurrenzschutz, der niemals Zweck einer Zulassungsregelung sein darf (BVerfGE 7/408), muß auch als Nebenwirkung vermieden werden, wo er nicht wirklich unvermeidbar ist" - so die BVerfG-Entscheidung vom 8. 6. 60 aaO.

voraussetzungen insofern unzulässig. Soweit Störungen akuter Art vermieden werden müssen, können Ausübungsregelungen oder subjektive Zulassungsvoraussetzungen diesen Zweck vollkommen erfüllen.

4. GEWÄHRLEISTUNG DER ÖFFENTLICHEN SICHERHEIT UND ORDNUNG

"Die Genehmigung ist zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gefährdet werden kann, ..." (§ 20 Abs. 2 S. 1 1.Hs) ¹⁾.

Aus der übervorsichtigen Formulierung dieser Vorschrift darf nicht gefolgert werden, es stehe im Ermessen der Genehmigungsbehörde, praktisch jedem geplanten Luftfahrtunternehmen von vornherein die Genehmigung zu versagen. Denn die Luftfahrt ist von Natur aus objektiv gefährlich; allein die Tatsache, daß Flugzeuge zur Beförderung verwendet werden sollen, rechtfertigt die Annahme, solch eine Maschine könne über kurz oder lang aus irgendwelchen Gründen abstürzen und so die öffentliche Sicherheit gefährden. Wollte man diesen Schluß ziehen, so gelangte man unmittelbar zu einer dem § 12 DVO z. PBefG aF ²⁾ entsprechenden Vorschrift, wonach trotz Erfüllung bestimmter Zulassungsvoraussetzungen des § 9 PBefG aF für den Antragsteller kein Anspruch auf die Erteilung einer Genehmigung bestand. Diese Vorschrift ist jedoch mit Recht als verfassungswidrig erkannt und schon lange vor Erlaß des neuen PBefG vom 21. 3. 1961 nicht mehr angewendet worden ³⁾. Für die Genehmigungsbehörde für Luftfahrtunternehmen können keine anderen Rechtsgrundsätze gelten als für die Genehmigungsbehörde nach dem Personenbeförderungsgesetz. Die Verwaltung ist in keinem Fall in ihren Entscheidungen völlig frei. Auch wenn ihr ein Ermessensspielraum zusteht, darf sie dieses Ermessen nur im Rahmen von Gesetz und Recht ausüben ⁴⁾. Danach ist jedoch lediglich an die Abwehr der über die aus der Natur der Sache vorgegebenen Gefahren hinaus erwachsenden und durch besondere Umstände heraufbeschworenen drohenden Gefahren gedacht. Andernfalls wäre Art. 12 Abs. 1 GG illusorisch, da jedem Beruf zwangsläufig eine gewisse Gefahrensumme inne-
wohnt.

1) ähnlich auch § 11 Abs. 2 S. 1 1.Hs LuftVG aF.

2) vom 16.1.1952.

3) vgl. hierzu BVerwG Urt. v. 30.10.59 DVBl 60/170²; oben Teil A, § 2.

4) "Verfassungsnorm des Grundsatzes der gesetzmäßigen Verwaltung", i. S. Giacomettis, vgl. insbes. S. 257, 266, 273, 276.

Art. 20 Abs. 3 GG.

Die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung stellt eine überragende Forderung des Gemeinwohls dar. Das ist unzweifelhaft. So bildet das polizeiliche Interesse an einer derartigen Gefahrenabwehr einen selbständigen Versagungsgrund¹⁾. Denn gerade der "größtmögliche Schutz der Allgemeinheit vor den besonderen Gefährdungen aus der Luftfahrt"²⁾ ist der Grund für die Erlaubnispflichtigkeit der Luftfahrt. Das Schutzbedürfnis der Passagiere wie auch der Überflogenen und ihrer Angehörigen ist hier ungleich größer als im Straßenverkehr, wo man der Gefahr sehenden Auges gegenübertritt³⁾. Der Luftverkehr bedarf mehr als alle anderen Verkehrsträger einer möglichst umfassenden Sicherheit⁴⁾. Diese Sicherheit kann durch technische und betriebliche Sicherheitsvorschriften nicht voll gewährleistet werden.

Warncke⁵⁾ können wir nicht zustimmen, wenn er meint, dem Interesse der Allgemeinheit in ausreichendem Maße durch eine gründliche polizeiliche Überwachung der Unternehmen entsprechen zu können. In dem Fall sänke die Genehmigung des § 20, die doch nichts anderes als eine Präventivmaßnahme ist, zu einer Anmeldung für zukünftige Überwachung ab. Damit wäre ihr Sinn verfehlt. Das ist bereits hinreichend dargetan. - So ist es beispielsweise häufig geschehen, daß Flugzeugführer aus kaufmännischen Erwägungen heraus auf technisch erforderliche Zwischenlandungen verzichten mußten, um aus Konkurrenzgründen die Flugdauer abzukürzen; oder man nutzte die neuen Düsenflugzeuge intensivst aus, um die hohen Anschaffungskosten möglichst rasch zu amortisieren und die Abschreibung für die unbequemen kolbengetriebenen Flugzeuge zu beschleunigen - also Überlastung der geringen personellen und sachlichen Mittel mit der notwendigen Folge unzulänglicher Wartung und menschlichem wie technischem Versagen. - Trotz aller technischen Sicherheitsbestimmungen ist eine lückenlose Überwachung der Unternehmen nicht möglich. Latente Gefahren der Flugsicherheit müssen also vor Beginn des Unternehmens ausgeräumt werden können. Die Genehmigung nach §§ 20, 22 stellt auf ihrem Sektor einen ebensolchen Sonderfall des allgemeinen rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts dar wie andere derartige Institute auf den übrigen gewerberechtlichen Gebieten auch. So müssen hier - wie bereits verschiedentlich angedeutet - die Grundsätze des allgemeinen Polizeirechts in ähnlichem Umfang gelten. Die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung läßt es

1) vgl. auch Meyer ZLR 54/25; Naumann S. 429²⁾.

2) Lättsch S. 60.

3) etwa auch "links gehen - Gefahr sehen".

4) erinnert sei hier an die zwei überaus schweren Flugzeugunglücke am 16. und 17. Dezember 1960 in München und New York, bei denen unbeteiligte Dritte in den Straßen der Städte in Mitleidenschaft gezogen wurden.

5) S. 67; aA VGH Stuttgart Urt. v. 16.8.51, VkB1 52/39 (40).

schon im Land- und Schiffsverkehrsverkehr nicht zu, Beförderungsunternehmen völlig frei ("wild"), entstehen, arbeiten und gedeihen zu lassen. "Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen ... Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publico oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizei" ¹⁾. An diesem "Grundsatz" gemessen stellt § 20 im System des Luftverkehrswesens eine eigene luftpolizeiliche Generalklausel auf. Diese Regelung ist insbesondere für den Gelegenheitsluftverkehr umso dringlicher, als gerade diese Verkehrsart - wie wir gesehen haben - nach Beginn einen verhältnismäßig freien, an keinerlei feste Planung gebundenen Betrieb unterhält. Gefahren stehen hier nicht erst in besonderen Situationen bevor; vielmehr spricht aus der Natur dieses Verkehrs von vornherein die Vermutung ²⁾ für das unmittelbare Gefahrdrohen. Schon deshalb genügt für den Gelegenheitsluftverkehr die ansonsten auf Grund der allgemein-polizeilichen Generalklausel ausreichende Überwachung des Geschehens nicht; sie hat darüber hinaus bereits vor dem Anfang des gefährlichen Tuns einzusetzen ³⁾.

Die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist jedoch keine - objektive - Zulassungsvoraussetzung im oben erläuterten Sinn. Denn sie obliegt der luftpolizeilichen Fürsorge auf Grund der "Generalklausel" des § 20. Sie stellt vielmehr in globaler Fassung ein komplexes Gefüge verschiedener Anforderungen dar. Es bedarf der Erfüllung einer Reihe einzelner Zulassungsvoraussetzungen, will man es ausschöpfen und in seiner vollen Tragweite zur Geltung bringen. Diese Voraussetzungen müssen so gestaltet sein, daß bei ihrer Erfüllung keine Tatsachen mehr die Annahme rechtfertigen, die öffentliche Sicherheit und Ordnung könnten gefährdet werden. Weil aber der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung nur durch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwartende, nach außen hin eine objektive Wirkung äußernde Zustände Gefahr droht, geht es nicht an, wegen nur möglicher, in Art, Umfang und Wirkung weitgehend unbekannter Gefahren aus der Übersetzung des Gelegenheitsluftverkehrsgewerbes eine versteckte Bedürf-

-
- 1) so der § 10 II 17 PreußALR, auf den sich der § 14 PreußPVG und die meisten Generalklauseln der modernen Polizeigesetze der Länder aufbauen (vgl. etwa § 1 PVG RhPf).
 - 2) hier als Annahme mit außergewöhnlich hohem Wahrscheinlichkeitsgehalt.
 - 3) Auch Benkendorff S. 146 folgt dieser Auffassung, wenn er es strikt ablehnt, die Verkehrssicherheit nur nachträglich (d. i. nach Beginn des Betriebes) durch die zuständigen Polizeibehörden überprüfen (= nachprüfen) zu lassen. Er zitiert hier alte Spruchweisheit "Vorgetan und nachgetan hat manchem schon groß' Leid gebracht". Gleicher Ansicht folgen auch E. R. Huber I S. 670 und Naumann S. 428²⁾.

nisprüfung anzustellen ¹⁾. Für diesen Fall sind die Überwachungsvorschriften (§§ 20 Abs. 2 S. 1 2. Hs, 29 ff) völlig zureichend. Nicht aber zulässig ist es, von vornherein einen freien Leistungswettbewerb über einen bestimmten Rahmen hinaus zu unterbinden; denn damit würde Wohlfahrtspflege getrieben werden - ein mangels gesetzlicher Ermächtigung auch der Luftpolizei verschlossenes Gebiet.

Um der "Pflicht des Staates, einen reibungslosen Ablauf des Luftverkehrs sowie die größtmögliche Sicherheit für die Teilnehmer am Luftverkehr und für die Bevölkerung der überflogenen Gebiete zu gewährleisten" ²⁾, sind in § 62 LuftVZO = § 50 Abs. 1 EntwLuftVZO Jan. 61 = § 62 Entw. Juni 63 verschiedene Tatsachen aufgenommen, deren Nachweis bzw. Angabe für einen Genehmigungsantrag obligatorisch ist (z.B. technischer Zustand des Unternehmens, § 31 Abs. 4 LuftVG) ³⁾. Insbesondere sind nach § 20 Abs. 2 S. 1 1. Hs, S. 2 und § 31 Abs. 4 persönliche Zuverlässigkeit, wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (betrieblicher Zustand des Unternehmens) und Eintragung des Fahrzeuges in der deutschen Luftfahrzeugrolle nachzuweisen - zu diesen drei Voraussetzungen im folgenden.

a) Unzuverlässigkeit des Antragstellers

"Die Genehmigung ist zu versagen, ... insbesondere wenn der Antragsteller ... nicht zuverlässig" ist, § 20 Abs. 2 S. 1. Zuverlässigkeit ist eine persönliche, charakterliche Eigenschaft, die die Vertrauenswürdigkeit des Betreffenden indiziert. Sie ist danach die subjektive Zulassungsvoraussetzung par excellence, deren Vereinbarkeit mit Art. 12 GG heute von niemandem mehr angezweifelt wird ⁴⁾. Mit

-
- 1) die gegenteilige Ansicht Paas' S. 122 ist daher abzulehnen.
 - 2) so die Begründung zum Entw. eines Gesetzes zur Einführung eines Artikels über die Luftverkehrsverwaltung in das GG; Bdratsdrucks. 301/59 S. 4.
 - 3) § 50 Abs. 1 EntwLuftVZO Jan. 61 = § 62 Entw. Juni 63 = § 62 LuftVZO entspr. in Wortlaut und Inhalt weitgehend dem Teil II des 1. Abschn. der Richtlinien vom 10.8.55; zu § 31 Abs. 4 vgl. auch Bdratsdrucks. 302/59 Begründung S. 6 Nr. 12 und Bdtagsdrucksache 3. WP Nr. 1535 S. 8 zu 2 b; beide stellen ausdrücklich auf "Sicherheitsgründe" für das technische Gutachten ab.
 - 4) Naumann S. 432¹; VGH Stuttgart. Urt. v. 19.2.53 VRS 53 Nr. 243 S. 442/443; E.R. Huber I S. 752, 758, II S. 219, 229; Landm.-Rohm. Bd. I Einl. 4 II 3 c; Warncke S. 61 Anm. 1; BVerwG Urt. v. 3.11.55 NJW 56/1972; v. 29.6.57 VRspr. Bd. 9 Nr. 223/1000.

einer gewissen Berechtigung erhebt freilich Sieber ¹⁾ hier Einwände. Sicher können zur Feststellung der Zuverlässigkeit nur das Verhalten in der Vergangenheit - und allenfalls das in der Gegenwart - herangezogen werden. Ein Schluß auf die Zukunft ist danach nicht unbedingt zwingend. Deshalb sollte die Zuverlässigkeitsprüfung als Eingriff in die Freiheit des Bewerbers nur dann stattfinden dürfen, wenn sich ohne sie die Gefahren für die Allgemeinheit erheblich erhöhen würden ²⁾. Sieber hält demzufolge eine Zuverlässigkeitsprüfung sowohl im Milchhandel (§ 14 Abs. 5 Nr. 1 MilchG vom 31. 7. 1930) als auch bei Gast- und Schankwirtschaften (§ 2 GastG) für angebracht, zweifelt aber beim Verkehrsgewerbe. Da er seine Zweifel nicht begründet, scheint er die Situation im Verkehrsgewerbe zu verkennen. Besonders gilt dies für die Luftfahrt im Gelegenheitsverkehr.

Damit soll indessen nicht grundsätzlich abgestritten werden, daß für verschiedene Berufe Zuverlässigkeitsprüfungen jedes Zweckes entbehren mögen und damit ungerechtfertigt zutiefst in die durch Art. 12 GG garantierte Freiheit treffen. Für das Verkehrsgewerbe hingegen können wir die Berechtigung zu Nachforschungen im persönlichen und charakterlichen Bereich unter keinen Umständen verneinen. Die Eigenart dieses Berufszweiges, besonders innerhalb der Luftfahrt, ist eine hochintensive latente Gefährlichkeit für unbeteiligte Dritte wie auch für Benutzer - Gefahren, die bei moralischen und sonstigen charakterlichen Mängeln des Unternehmers sofort akut zu werden pflegen, weil ihre vorbeugende Abwehr unbedingt verantwortungsbewußte, tadelfreie Persönlichkeiten voraussetzt.

Darüber hinaus verbirgt sich hinter § 20 Abs. 2 S. 1 2. Hs eine Regelung der Berufsausübung. Denn diese Vorschrift verlangt Zuverlässigkeit während der gesamten Dauer der Berufsausübung, andernfalls die Genehmigung zu widerrufen ist. Damit wird regelnd in den Beruf eingegriffen, ohne die Freiheit des Gewerbetreibenden weiter einzuschränken ³⁾.

1) S. 84.

2) Bachof S. 228 will deshalb gerade beim Pers. -Bef. -Gewerbe eine erstrangige Zuverlässigkeitsprüfung im Rahmen von Zulassungsvoraussetzungen vorgenommen wissen. Im übrigen ist der Grundsatz der Gefahrabwehr als Rechtfertigung für subj. Zul. Vorauss. im Apotheken-Urteil, E 7/407, mit Recht nachdrücklich bestätigt worden.

3) im Ergebnis auch Dipper S. 602².

Der Begriff der Zuverlässigkeit wird vom Gesetz nicht geklärt ¹⁾. Der Wortlaut der Vorschrift des § 20 Abs. 2 S. 1 1. Hs weist allerdings einen bestimmten Richtungsbezug dieser Eigenschaft aus, indem er generell die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorausstellt und diesem Begriffspaar als besonders berücksichtigenswerten Beispielsfall die Zuverlässigkeit unterordnet ²⁾. Über ihren Inhalt wird jedoch nichts gesagt, so daß sie als umfassend im Sinne des Dienstes an der öffentlichen Sicherheit und Ordnung anzusehen ist. Als komplexer Begriff enthält er somit persönliche, sachliche, wirtschaftliche u. a. Momente. Hier soll vorab nur die persönliche Zuverlässigkeit als Zulassungsvoraussetzung untersucht werden, da rein persönliche Momente gemäß dem Sprachgebrauch diesen Begriff in erster Linie prägen ³⁾. Zudem geht § 20 offensichtlich selbst primär von der persönlichen Zuverlässigkeit aus, da er auch auf die Zuverlässigkeit der für den Betrieb verantwortlichen Personen abstellt. Bei diesen aber kann es in aller Regel nicht etwa auf wirtschaftliche Erwägungen ankommen, die vielmehr dem Betriebsinhaber allein obliegen und weitgehend nur von ihm steuerbar sind. Dies schließt aber nicht aus, daß unter die Zuverlässigkeit des Antragstellers alle und nicht nur die rein persönlichen Umstände zu rechnen sind.

Zuverlässig unter Einbeziehung aller denkbaren den Begriff bestimmenden Momente ist ein Bewerber, wenn er angesichts seiner Vergangenheit einerseits und der im Augenblick der Prüfung zu erkennenden Umstände andererseits in der Ausübung seines Gewerbes die Gewähr für weitestgehenden Schutz der Allgemeinheit vor Gefahren und Schädigungen bietet ⁴⁾. Die persönliche Zuverlässigkeit ist eine positive charakterliche Eigenschaft, die den Schluß auf Vertrauenswürdigkeit im Augenblick zwingend zuläßt. Das ist kein Widerspruch zu den obigen Ausführungen. Mit der Feststellung, jemand sei zuverlässig und deshalb als vertrauenswürdig und geeignet zur Übernahme latent gefährlicher Tätigkeiten anzusehen, ist definitiv nur etwas über die Gegenwart ausgesagt; die latente Gefahr des Gelegenheitsluftverkehrs wird im Sinne der polizeilichen Gewährleistung der öffentlichen Sicher-

-
- 1) dasselbe gilt für §§ 30, 34 I Nr. 1, 35 GewO, § 13 Abs. 1 PBefG, §§ 10, 81 Abs. 2 GüKG; in den §§ 34 b Abs. 4 Nr. 1, 57 Abs. 1 Nr. 1 GewO, § 3 Abs. 2 EinzelhG, § 14 Abs. 5 Nr. 1 MilchG und § 2 Abs. 1 GastG ist die für die Natur des jeweiligen Gesetzes spezifische Zuverlässigkeit mehr oder weniger aufgeschlüsselt, ohne aber auch dort genau umrissen zu sein.
 - 2) von dieser Richtungsbezogenheit geht E. R. Huber I S. 758 als allgemein gültig für die Zuverlässigkeitsprüfung aus.
 - 3) weitere Fälle der Zuverlässigkeit folgen anschließend.
 - 4) ähnlich, aber zu knapp, BVerwG Urt. v. 26.1.1962 NJW 62/882; vgl. auch Reuß DV 48/56².

heit oder Ordnung zur unvermutbaren Gefahr. Die Zukunft bleibt dunkel. Dem aber trägt das Gesetz selbst Rechnung, indem es bei später auftretender Unzuverlässigkeit den Widerruf verlangt.

Als allgemeine Zuverlässigkeitsmerkmale für die Ausübung eines Gewerbes überhaupt und des in Rede stehenden Gewerbes im besonderen können gelten: Redlichkeit, Gesetzestreue, körperliche und geistige Fähigkeiten, rechtliche, moralische, fachliche, technische und berufliche Qualitäten, Erfahrungen und Kenntnisse. Die allgemeinen Merkmale wie Redlichkeit, körperliche, geistige und moralische Fähigkeiten sind kaum nachprüfbar und werden als erfüllt unterstellt ¹⁾. Die übrigen Voraussetzungen hat der Bewerber vorzuweisen. Die prüfende Behörde hingegen hat den Nachweis der Unzuverlässigkeit zu führen und damit die Vermutung der Zuverlässigkeit anhand von Tatsachen zu widerlegen; insofern obliegt ihr die Beweislast. Für die Feststellung sind Gesamtverhalten und Gesamtpersönlichkeit maßgebend. Hierbei ist nicht darauf abzielen, die Unzuverlässigkeit zu konstatieren, sondern umgekehrt trotz bisher eventuell nicht gänzlich einwandfreier Verhaltens eine für das Gewerbe hinreichende Vertrauenswürdigkeit auszukristallisieren ²⁾. Es hat mithin ein Abwägen der positiva und der negativa zu erfolgen, wobei zu prüfen ist, ob die festgestellten positiva angesichts der eine Unzuverlässigkeit begründenden Merkmale zu einem Vertrauensauspruch führen dürfen. Damit stellt sich die Frage nach der Unzuverlässigkeit.

Die gewerbliche Unzuverlässigkeit beruht ausschließlich in Person und Lebenszuschnitt des Antragstellers vollendeten Tatsächlichkeiten; sie alle sind für die Beurteilung aller die Persönlichkeit und das Charakterbild bestimmenden Umstände heranzuziehen. So ist eine Unzuverlässigkeit auch juristischer Personen denkbar, ohne daß die unmittelbaren Eigenschaften ihrer Organe zu prüfen wären; tiefgreifende organisatorische Mängel oder verfassungsfeindliche Zwecke sind

1) Reuß DV 48/57¹; Bachof S. 228 will überhaupt grundsätzlich und billigerweise von einer Zuverlässigkeit bis zum Beweise des Gegenteils ausgehen; diese Ansicht erscheint zutreffend, wenn man in der Vermutung der Zuverlässigkeit eines Bewerbers das Analogon zur Vermutung zugunsten seiner Freiheit erblickt. Im Bereiche des Personenbeförderungsgewerbes will Bachof aber offenbar von einer nicht unerheblichen Beeinträchtigung dieser Vermutung der Zuverlässigkeit ausgehen; denn er hält die Zuverlässigkeitsprüfung für sich allein und als erstrangige im Kraftfahrergewerbe (wenigstens bei der Personenbeförderung) für primär zulässig.

2) ähnlich geht das BVerwG, s. Anm. 4 S. 56, vor.

Merkmale, die nicht in der Persönlichkeit des Einzelmenschen gründen müssen; sie können vielmehr die Vermutung der Zuverlässigkeit einer iuristischen Person empfindlich beeinträchtigen oder widerlegen¹⁾. Hieraus folgt weiter, daß es nicht allein auf Tatsachen ankommen kann, die sich gerade im genehmigten Gewerbebetrieb oder zu genehmigenden Berufszweig ereignet haben. Auch außerhalb dieser Kreise liegende Vorkommnisse lassen Schlüsse zu und vermögen ein Bild zu zeichnen, das grundsätzlich nicht vom Gewerbe her beleuchtet wird, sondern umgekehrt auf das Gewerbe und die Art seiner Ausführung hinweist und sich entsprechend auswirken pflegt²⁾.

Ähnlich wie § 35 GewO auf den von ihm betroffenen Gebieten bezweckt auch § 20 LuftVG, ungeeignete Personen vom Luftverkehrsgewerbe fernzuhalten - und zwar von Anfang an, nicht erst nach Schadenereignissen auf Grund persönlicher Mängel des Genehmigungsinhabers. Wenn auch auf Zuverlässigkeit erst aus einer Betrachtung des Gesamtverhaltens und der Gesamtpersönlichkeit zu schließen ist, so muß doch der Begriff der Unzuverlässigkeit in dem vom LuftVG gewollten spezifischen Sinne verstanden werden. Unzuverlässigkeit ist daher in erster Linie unter dem Gesichtspunkt "öffentliches Interesse an Schutz der Allgemeinheit" zu messen. Hierauf weisen besonders die unterschiedlichen Fassungen des § 20 nF und des § 11 aF (vom 21.8.1936) hin; die ältere Vorschrift kennt eine ausdrücklich erforderliche Zuverlässigkeitsprüfung nicht. Die neue Fassung hingegen entspricht der im Rahmen des alten § 11 in der Praxis angewandten Übung, die Zuverlässigkeit im Sinne eines Schutzes der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu prüfen und die Zuverlässigkeitsprüfung an jenen beiden Postulaten zu orientieren. Damit scheidet z. B. körperliche Krankheit als ein die Unzuverlässigkeit begründendes Merkmal automatisch aus. Solcher Ausschluß verbietet sich dagegen z. B. im Unzuverlässigkeitsbegriff des GastG, MilchG und EinzelhG. Dort ist der Schutz u. a. vor ansteckenden Erkrankungen spezifisch für den Gesetzeszweck.

-
- 1) vgl. BVerwG v. 27. 6. 61 NJW 61/1834 und v. 5. 8. 65 GewArch 66 S. 9.
 2) OVG RhPf Urt. v. 29. 6. 57 VRspr. Bd. 9 Nr. 223 S. 1001; Fuhr A 2 zu § 35; vgl. auch OVG Münster Urt. v. 22. 1. 58 VRspr. Bd. 11 Nr. 40 S. 185, es führt weiter aus: "es genügt, daß die zur Begründung der Unzuverlässigkeit ermittelten Tatsachen in einer wenn auch nur finalen Beziehung zum Gewerbebetrieb des Beklagten stehen"; dieser Ansicht ist schließlich auch das BVerwG i. Urt. v. 27. 6. 61 NJW 61/1834 gefolgt, wenn es ausführt: "... setzt einen absoluten Zuverlässigkeitsbegriff voraus, der dem Gewerbebereich fremd ist. Der Begriff der Unzuverlässigkeit ist auf das jeweilige Gewerbe ausgerichtet, das betrieben werden soll. Es kommt auf den Schutzzweck der entsprechenden gewerberechtlichen Bestimmungen an. In diesem Sinne kann auch bloße Unfähigkeit einen Mangel der Zuverlässigkeit begründen".

Im gewerblichen Personenverkehr kommen neben Eigentums-, Gewalt- und Sittlichkeitsdelikten Verstöße gegen die Verkehrsvorschriften, oft in Verbindung mit Verletzungs- und Tötungsdelikten, vor. Sicher ist die Gefahr der rein kriminellen, unter ethischem Unwerturteil stehenden Straftaten im Luftverkehrsgewerbe - auch beim Gelegenheitsluftverkehr - sehr viel geringer als im Landverkehr. Doch lassen häufig frühere Verstöße gegen die Verkehrsvorschriften - und hier nicht nur im Luftverkehr, sondern auch im Bodenverkehr -, insbesondere Trunkenheits- und Unaufmerksamkeitsdelikte, in besonders hohem Maße die vermutete Zuverlässigkeit im Sinne des § 20 ins Wanken geraten. Wenn schon auf der Straße die Mißachtung der Verkehrsvorschriften harte Folgen haben kann, so ist die Folgegefahr im Luftverkehr, trotz der - noch - geringeren Verkehrsdichte, aber wegen der höheren Geschwindigkeiten, der physikalischen Voraussetzungen des Fliegens überhaupt und der in aller Regel bei weitem schwereren Unfallfolgen ungleich größer.

Weiterhin gibt es Tatsachen im Sinne einer Unzuverlässigkeit, die mit dem Gewerbe selbst kaum etwas zu tun haben, aber auf Bedenken- und Disziplinlosigkeit, Egoismus und Verantwortungslosigkeit hindeuten, die die Gemeinschaft auch im allgemeinen, nicht spezifizierten Gewerbebetrieb auf das höchste gefährden und die öffentliche Ordnung erheblich stören können. Hierhin gehören zum Beispiel in erster Linie Trunk- und Rauschgiftsucht, sodann Verurteilungen wegen falscher Anschuldigungen, ständiges Nichtbeachten öffentlicher Abgabepflichten, unlauterer Wettbewerb, untertarifliche Entlohnung, Nichteinhalten der Arbeitszeit, insbesondere aber das Nichtabführen der einbehaltenen Sozialversicherungsbeiträge ¹⁾. Diese Tatsachen sind nicht spezifisch für bestimmte Gewerbe; sie gelten allgemein und überall dort, wo Unzuverlässigkeit eine Erlaubniserteilung hindert. Sie sind nicht an das Gewerbe gebunden, sondern an das Gewerbe.

Auch die Nichterfüllung von Bedingungen zur Genehmigung kann unter Umständen Unzuverlässigkeit begründen, wenn hiervon eine gesinnungsmäßige Neigung zum Stören oder eine innere Haltlosigkeit zum Ausdruck kommt, Eigenschaften, vor denen das LuftVG mit seiner Genehmigungspflicht spezifisch schützen will ²⁾. Inwieweit § 20 außer Auflagen auch Bedingungen zuläßt, mag hier dahinstehen; jedenfalls spricht § 22 von Bedingungen. Da hier nur von der Unzuverlässigkeit

1) so mit Recht die h. M., vgl. u. a. Ruwe 2 zu § 10; Fuhr 8 zu § 35; BVerwG Beschl. v. 9.2.57 BB 57/260 u. Urt. v. 18.8.60 GewArch 61/7 (8), PersV 62/46; VGH Karlsruhe VRspr. Bd. 9 Nr. 225 S. 1005 f.; so übrigens auch schon die Richtlinien f. d. Genehmigung i. Pers.-Bef.-Gewerbe RdErl v. 13.7.35 RVkBl B S. 100.

2) ob dies auch z. B. für das EinzelhG, das MilchG zutrifft, erscheint zweifelhaft.

vor Erteilung der Genehmigung die Rede ist, kann auch nur die nichterfüllte (Suspensiv-)Bedingung bedeutungsvoll sein. Bis zu ihrer Erfüllung ist die Genehmigung schwebend unwirksam. Hingegen verursacht eine nichterfüllte Auflage u. U. zwar auch die Feststellung der Unzuverlässigkeit, aber in deren Folge möglicherweise nur den Widerruf, gilt also nicht als Zulassungsvoraussetzung.

Verschiedentlich wird auch als ein die Unzuverlässigkeit begründender Gesichtspunkt angeführt, der Bewerber werde voraussichtlich seine Verkehrssteuern nicht entrichten, da er dies schon früher nicht getan habe ¹⁾. Diese Tatsache ist denkbar ungeeignet zur Feststellung mangelnder Zuverlässigkeit im Sinne des § 20 und ihre Verwendung mißbräuchlich, und zwar auch in Verbindung mit weiteren Tatsachen. In der Nichtzahlung von Verkehrssteuern kommt zwar eine wie immer geartete fehlgerichtete Gesinnung zum Vorschein, die aber auch in Zusammenhang mit anderen Merkmalen nicht den geringsten Einfluß auf die öffentlichen Interessen der Allgemeinheit im Sinne von Sicherheit und Ordnung haben kann ²⁾.

Ein Teilgebiet der persönlichen Zuverlässigkeit ist die Sach- oder Fachkunde bzw. die technische Eignung ³⁾. Sie steht auf dem Gebiet des Luftverkehrs unter allen

-
- 1) vgl. die Ausführungen der Bdregierung z. Reg. -Entw. eines Gesetzes über den Güterfernverkehr m. Kfzen, Btdagsdrucks. Nr. 1343/50 v. 14. 9. 50 S. 22 zu 1, wo dieser Punkt z. B. für ein Beibehalten der Bedürfnisprüfung erwähnt wird.
 - 2) die durch Zwangsmaßnahmen erschwerte Beitreibung muß außer Betracht bleiben; jedenfalls rechtfertigt sie nicht den insoweit unverhältnismäßig scharfen Eingriff in die Berufsfreiheit.
 - 3) Zwar nennt z. B. das EinzelhG, § 3 Abs. 2, die Sachkunde systematisch gesondert von der Zuverlässigkeit. Doch steht hierbei unter den Zuverl. - Merkmalen schon vom Willen des Gesetzgebers her die Sachkunde an erster Stelle. Die Trennung heißt nicht, daß es kein Zuverl. -Merkmal wäre. Das ergibt sich aus dem Erfordernis eines besonderen Nachweises (§ 4). - Daß es im LuftVG anders ist, kann eigentlich nur auf einem Verkennen der auch hier keineswegs unwichtigen Sachkunde beruhen. Denn auch das GüKG, § 10 Abs. 1 Nr. 1, hält die Sachkunde für erforderlich und nennt sie besonders - allerdings spricht es ebenso wie das EinzelhG vom "Wie" des Nachweises. Hier dürfte wohl auch der Schlüssel für den Mangel im LuftVG liegen; es gibt keinen speziellen Ausbildungsweg für den Luftfahrtunternehmer. Doch deshalb Sachkunde nicht zu verlangen, hieße die "Gefährlichkeit" des Unkundigen unterschätzen.

Umständen im Zeichen der Gefahrenabwehr und ist zudem individuell beeinflussbar¹⁾. Wenn auch keine luftfahrtrechtliche Vorschrift von diesem Erfordernis spricht²⁾, so kann es doch nicht angehen, daß z. B. ein luftfahrttechnisch völlig Unwissender und Uninteressierter aus lediglich kaufmännischen und konjunkturpolitischen Erwägungen ein Luftfahrtunternehmen beginnen dürfte - allein, ohne technisch bzw. wissenschaftlich vorgebildeten Vertreter oder Betriebsleiter³⁾. Zwar verlangt § 62 Abs. 1 Nr. 8 LuftVZO ggf. den Nachweis von Verträgen mit für Reparaturen und Wartungsmöglichkeiten geeigneten Unternehmen; hierdurch in Verbindung mit dem unbedingt notwendigen technischen Boden- und Flugpersonal tritt zwar eine gewisse Entspannung in den Anforderungen an die Sachkunde und technische Eignung des Unternehmers ein. Jedoch ist gerade das Gebiet der Luftfahrt technisch und organisatorisch derart kompliziert und vielgestaltig, daß ein fachlich ungebildeter Laie aus sicherheitlichen Gründen nicht zugelassen werden darf. Zumindest eine intensive theoretische Beschäftigung mit den Problemen der Luftfahrt ist zu fordern, deren Nachweis etwa durch Teilnahme am theoretischen Teil von Luftfahrerkursen zu erbringen wäre. - Die Freiheit der Berufswahl wird dadurch nicht in unzulässiger Weise eingeschränkt. Zwar handelt es sich um eine zusätzliche staatlicherseits vorzuschreibende Voraussetzung, die vom Gesetz gedeckt wird. Doch liegt sie weder quantitativ noch qualitativ außerhalb des Berufsbildes des "Luftfahrtunternehmers", soweit sich ein solches konstruieren läßt. Ihre zusätzliche Erfüllung widerstreitet allein ihrer Natur nach nicht der "freien Substanzverwirklichung des Berufes"⁴⁾. Diese Voraussetzung

1) Ganz anders liegen die Verhältnisse dagegen in der HandwOrdnung. Sie verlangt als Befähigungsnachweis die Meisterprüfung, § 7. Motiv dieser Sachkundeforderung ist jedoch nicht, "Gefahren für die Gesamtheit oder die einzelnen aus einer unsachgemäßen Berufsausübung abzuwenden, die bei zahlreichen Handwerkszweigen drohen ... Maßgebend war vielmehr das Interesse an der Erhaltung und Förderung eines gesunden leistungsfähigen Handwerkstandes als Ganzen" - so das BVerfG i. seiner Handw. -Entsch. v. 17. 7. 61.

NJW 61/2011 ff (2013¹). Selbst unter diesen Umständen hat das BVerfG den großen Befähigungsnachweis (wohl mit Recht) als mit dem GG vereinbar angesehen. - Das GastG und das MilchG fordern keinen Sach- oder Fachkundennachweis.

2) wie etwa §§ 3, 4 EinzelhG v. 5. 8. 57 und die VO über den Nachweis der Sachkunde für den Einzelhandel v. 4. 3. 60.

3) beim ähnlich gefährlichen (i. S. d. Gefährdungshaftung) Betrieb i. S. d. AtomG v. 23. 12. 1959 wird auch die erforderliche Sachkunde ausdrücklich verlangt, § 7 Abs. 2 Nr. 1 d. G.

4) so treffend v. Mang. -Klein Art. 12 V 1 b Nr. 3 u. V 4 a Nr. 5.

als weitere einschränkende Maßnahme im Rahmen des Art. 12 GG korrespondiert zu den außerordentlichen Gefahren, die im Betrieb des Unkundigen zu bannen sind¹⁾. Diese Erwägungen rechtfertigen es, auch im Gelegenheitsluftverkehrs-gewerbe eine Zulassungsvoraussetzung anzuerkennen. Die fachliche Eignung muß damit in die Zuverlässigkeitsprüfung fallen, mit der der Gesetzgeber auf die Stufe der Zulassungsvoraussetzungen treten durfte und es nicht bei einer Ausübungsregelung auf der niederen Stufe bewenden lassen mußte. Sie ist auch ein geeignetes Mittel, da erst sie es dem Unternehmer erlaubt, seinen Betrieb den gefahrwesentlichen Eigentümlichkeiten des Luftverkehrs anzupassen und so Gefahren zu verhüten²⁾. Eine weiterreichende Sicherheit dahin, daß der Unternehmer seine Kenntnisse hält, anwendet oder gar erweitert, kann hiermit natürlich nicht erreicht werden. Das ist aber auch eine Frage der Widerrufsmöglichkeit, § 20 Abs. 2 S. 1 2. Hs).

Ein Verschulden für den Mangel ist nicht erforderlich. Die objektive Unzuverlässigkeit, die auch auf Schwachsinn etc. beruhen kann, reicht aus³⁾.

Nach allem kann Zweck der Prüfung nur sein, die persönlichen Eigenschaften im Hinblick auf die besondere zukünftige Stellung des Bewerbers in Bezug auf das bestimmte Gewerbe des Luftverkehrsunternehmens zu begutachten. Hierbei ist den Eigenarten dieses auch heute noch in Europa wenig verbreiteten Berufszweiges Rechnung zu tragen, so daß im Einzelfall genau zu prüfen sein wird, welche strafrechtlichen Verfehlungen für einen ablehnenden Bescheid geeignet sind. Gewiß erregt es Unbehagen, einen notorischen Sittlichkeitsübeltäter zur Personenbeförderung zuzulassen; doch wird diese Tatsache allein kaum auf mangelnde Zuverlässigkeit hindeuten. Sittlichkeitsdelikte sind u.E. überhaupt aus der Zuverlässigkeit auszuklammern, weil sie in erster Linie triebhafte Ursachen haben und Hemmungslosigkeit auf diesem Gebiet noch nicht auch Disziplinlosigkeit in gefährvollen Unternehmen heißt. Derartige Erwägungen der Ethik haben mit Zuverlässigkeit nichts zu tun. - Hingegen zeigen Straftaten gegen die Unversehrtheit des Körpers und gegen das Leben eine geringschätzige Einstellung gegen den Menschen. Sie muß im Gelegenheitsluftverkehr von hervorragender negativer Bedeutung für die Zuverlässigkeit sein und Unzuverlässigkeit begründen. Jedenfalls gilt dies für vorsätzliche Delikte; fahrlässige dürften erst in der Häufigkeit Hinweise geben, es sei denn, die Urteilsgründe werden beigezogen und ergeben grobe Fahrlässigkeit.

1) vgl. BVerfG Beschl. v. 7. 5. 53 NJW 53 II 1058.

2) vgl. zum Befähigungsnachweis BVerfG Handw. -Entsch. NJW 61/2014².

3) so auch OVG RhPf, s. Anm. 2 S. 58.

Ebenso wenig wie in § 9 Abs. 1 PBefG vom 12.9.1955, jetzt § 13 Abs. 1 Nr. 2 PBefG vom 21.3.1961, ist auch die Zuverlässigkeit nach § 20 Abs. 2 LuftVG teilbar¹⁾. Man wird also nicht einen Bewerber für einen bestimmten Unternehmensumfang oder im Hinblick auf bestimmte Flugzeugtypen oder -belastungen oder Flugstreckenleistungen pro Zeiteinheit als zuverlässig ansehen können, für jedes diese Grenzen überschreitende Maß hingegen als unzuverlässig. Es geht aber auch nicht an, die Zuverlässigkeit im Gelegenheitsluftverkehr auf Güter- und Personenverkehr aufzuspalten und etwa Straftaten gegen Leben und Körper als für Güterbeförderung unerheblich zu erachten und vice versa Eigentumsdelikte für die Personenbeförderung. Der Schutzzweck der Zuverlässigkeitsprüfung in § 20 erstreckt sich nicht nur auf das beförderte Gut (Person, Sache), sondern der eigentümlichen Natur der Luftfahrt wegen Bewegung in der dritten Dimension) im gleichen Umfang auf die überflogenen Rechtsgüter. - Gleichfalls wäre es mißbräuchlich und unzulässig, einen im Sinne des § 4 Abs. 1 Nr. 3 zuverlässigen Piloten in der angestrebten Eigenschaft als Unternehmer im Sinne der §§ 20 ff. als unzuverlässig zurückzuweisen. Zu unterscheiden bleibt indessen die Zuverlässigkeit etwa im Gaststättengewerbe von der im Verkehrsgewerbe; hier gibt es durchaus verschieden zu bewertende Tatsachen, wie sich aus § 2 Abs. 1 Nr. 1 GastG ergibt.

Ob ein Antragsteller zuverlässig ist oder nicht, läßt sich an Hand objektiver feststellbarer Tatsachen nachweisen. Die Unzuverlässigkeit ist demnach eine gerichtlich ohne Schwierigkeiten nachprüfbare Tat- und Rechtsfrage. Die sie indizierenden Tatsachen ergeben für sich allein oder auch u.U. erst miteinander den Persönlichkeitsmangel²⁾. Die Unzuverlässigkeit - oder, in den Voraussetzungen negativ, auch die Zuverlässigkeit - ist sohin ein unbestimmter Rechtsbegriff³⁾.

Die Zuverlässigkeitsprüfung ist nach Antragstellung vorzunehmen, in jedem Falle also vor Erteilung der Genehmigung und noch vor irgendwelchen Kapitalinvestitionen des Bewerbers⁴⁾.

- 1) ähnlich VG Freiburg Urt. v. 18.7.57 PersV 58/55; Bidinger PersV 60/228 u. Komm. 1961 Anm. 20 zu § 13; Müller 1a zu § 9 PBefG aF.
- 2) dies erkennt auch Reuß DV 48/57¹ nicht; er nimmt aber dennoch irrig hier eine Ermessensentscheidung der Prüfbehörde an.
- 3) heute wohl h.M.; vgl. VG Freibg. aaO; VGH Stuttg. Urt. v. 10.4.58 VRspr. Bd. 4 Nr. 43 S. 199 ff; v. Turegg S. 774²; E.R. Huber I S. 59; BVerwG Urt. v. 16.10.59 VRspr. Bd. 12 Nr. 184 S. 731; Fuhr A 2 zu § 35, OVG Lünebg. Urt. v. 28.10.60 GewArch 61/32².
- 4) es wird sich zeigen, daß diese vorzeitige Prüfung durchaus keine Selbstverständlichkeit ist und nicht für alle Zulass.-Voraus. gilt, s. u.

b) Zuverlässigkeit der für die Leitung des Unternehmens verantwortlichen Personen

In § 20 Abs. 2 S. 1 1. Hs hat der Gesetzgeber abweichend von § 11 aF einen im Laufe ständiger gewerberechtlicher Übung anerkannten Grundsatz kodifiziert, indem er die Genehmigung versagen läßt, im Falle einer Unzuverlässigkeit "der für die Leitung des Unternehmens verantwortlichen Personen" ¹⁾. Allerdings kommt das Prinzip nicht so klar zum Ausdruck wie es entwickelt wurde. Danach muß sich der Konzessionsinhaber oder -bewerber die nachgewiesene Unzuverlässigkeit von Personen, die auf die Geschäftsführung des beabsichtigten Gewerbebetriebes Einfluß nehmen können, bei der Prüfung seiner eigenen persönlichen Genehmigungsvoraussetzungen anrechnen lassen ²⁾.

Diese Divergenz beruht aber kaum auf einem Versehen. Es ist zwar sinnvoll und gerechtfertigt, eine Genehmigung aus dem hier in Rede stehenden Grunde zu versagen, wenn sie einem Unternehmer wegen eigener Unzuverlässigkeit entzogen oder abgelehnt worden ist und nun dessen Ehefrau - gegen deren Lauterkeit nichts einzuwenden ist - die Genehmigung für sich beantragt. Unter ähnlichen Verhältnissen muß diese Regel auch für den umgekehrten Fall gelten, in dem der Mann subsidiär nach seiner als unzuverlässig erkannten bisher den Betrieb führenden Ehefrau den Antrag stellt. Als nicht gänzlich unvertretbar erscheint es auch, die bloße Tatsache ablehnend zu berücksichtigen, daß der Antragsteller mit einer als im Sinne des Gaststättengesetzes unzuverlässig bekannten Frau verheiratet ist - oder auch umgekehrt. Denn in diesem Fall hat erfahrungsgemäß der Ehepartner zumeist einen nicht unbedeutenden Einfluß auf den Betrieb des anderen; § 6 GastG trägt diesem Gedanken Rechnung. Indessen müssen noch weitere Tatsachen vorliegen, die auf die mögliche tatsächliche Einflußnahme hinweisen ³⁾.

Nicht folgen können wir jedoch der Auffassung ⁴⁾, wonach allgemein die Unzuverlässigkeit von Personen zu berücksichtigen ist, die einen Einfluß gewinnen können. Insbesondere gilt diese Einschränkung, von der wohl - dem enggefaßten Wortlaut nach - auch § 20 ausgeht, im Luftverkehrsrecht und dem Gelegenheitsluftverkehrsgewerbe. Gerade hier handelt es sich in aller Regel nicht um Betriebe, in denen Ehegatten oder andere Dritte im Stillen an die Führungsspitze gelan-

-
- 1) zum Begriff und zur Prüfung der Zuverl. bzw. Unzuverl. gelten die vorangegangenen Überlegungen; der angesprochene Grundsatz findet sich u. a. in § 35 Abs. 1 GewO und § 6 GastG.
 - 2) so das OVG RhPf Beschl. v. 9.10.56 bei Michel S. 211¹ und in AS Bd. 5 S. 287 ff; Hein-Eichh. -Puk. -Kr. III, 1 zu § 10; Fuhr A 7 zu § 35.
 - 3) so richtig das BVerwG Urt. v. 16.10.59 VRspr. Bd. 12 Nr. 184 S. 733.
 - 4) vertreten von Hein-Eichh. -Puk. -Kr. Bd. III, 1 zu § 10.

gen können. Besonders Luftfahrtbetriebe sind regelmäßig schon ihrer Kapitalintensität halber straff aufgebaut, so daß normalerweise und von - allerdings dann umso fragwürdigeren - Einzelfällen abgesehen es nur den Unternehmer und die zu seiner Vertretung berechtigten Personen zu begutachten gilt ¹⁾. Anderes läßt indessen zweifellos für Personenmehrheiten als Erlaubnisinhaber zu gelten. - Entscheidend ist aber über die mehr allgemeinen Erwägungen hinaus der klagengefaßte Wortlaut des § 20. Er gestattet überhaupt nur die Prüfung im Genehmigungsantrag bekanntgegebener Führungspersonen. Andernfalls hätte die Zulassungsstelle keine Handhabe, irgend jemanden anderes als den Antragsteller zu begutachten. Gelangt später ein Dritter in die leitende Position, so rechtfertigt dies allenfalls den Widerruf i. S. d. § 20 Abs. 2 S. 1 der Erlaubnis. Es ginge auch nicht an, vorbeugend in diesem regelmäßig außerhalb des häuslichen Bereichs geführten Gewerbe (anders Gaststätten, Einzelhandelsgeschäfte, evtl. auch das Kfz.-Gewerbe) die grundsätzlich nur eine leitende Stellung geeigneten, aber vom Antragsteller nicht benannten Familienmitglieder in die Zuverlässigkeitsprüfung einzubeziehen. Einerseits steht dem der Wortlaut des § 20 entgegen; andererseits bedeutet dieses Vorgehen einen Angriff auf die persönliche Würde des Bewerbers, und zum dritten ließe es auf einen unserer Rechtsordnung - soweit ersichtlich - unbekannten Sippenpest hinaus.

Geprüft wird objektiv zwar die Unzuverlässigkeit des Dritten ²⁾. Sie wird jedoch nicht dem Antragsteller zur Last gelegt. Sie wird auch nicht als die seine fingiert. Denn die Zuverlässigkeit bzw. Unzuverlässigkeit ist eine Wesenseigenschaft der bewerteten Person. Sie zu fingieren überschreite die Grenzen des sittlich Zulässigen. Vielmehr wirkt die Tatsache objektiv belastend gegen ihn. Mit Benennung solcher Person gibt der Unternehmer zu erkennen, daß er selbst nicht willens oder fähig ist, den Betrieb einwandfrei zu führen (z. B. juristische Personen) ³⁾. Danach rechtfertigt sich der Schluß auf ein Moment mangelnder eigener Gewähr für ordnungsgemäße Betriebsführung durch den Antragsteller selbst ⁴⁾. Im übrigen handelt es sich - wie bereits an früherer Stelle hervorgehoben - nicht um ein

1) vgl. § 50 Abs. 1 Nr. 1 EntwLuftVZO Jan. 61 = § 62 Entw. Juni 63 = § 62 Abs. 1 Nr. 1 LuftVZO, § 40 Abs. 2 Nr. 1 LuftVO v. 15.9.57, 1. Abschn. II Nr. 1 d. RiLi f. d. Genehmigung v. Luftfahrtuntern. v. 10.8.55.

2) und zwar unter den gleichen Voraussetzungen wie die eigene persönliche Zuverlässigkeit.

3) im übrigen werden die besonderen Fähig- und Möglichkeiten der prüfenden Behörde nicht übersehen, v. A. w. sehr viel leichter, aber nicht aufschlußreicher erkunden zu können.

4) BVerwG aaO Anm. 3 S. 61; so jetzt auch Landm.-Rohm., 12. Aufl., Anm. 43 zu § 35.

Verschuldensmoment. Die Unzuverlässigkeit ist vielmehr ein rein finaler, zweckorientierter Begriff.

Es handelt sich also nicht um den Bereich "sachlicher Zuverlässigkeit" des Bewerbers, sondern um ein weiteres Teilstück "persönlicher Zuverlässigkeit", wenn sich die Prüfung auch auf anderer Ebene abspielt, von der aus lediglich der gleiche Schluß gezogen wird. Auch hier ist sonach das gesetzgeberische Beschreiten der Zulassungsstufe gerechtfertigt.

c) Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens

Die in erster Linie zuständige Norm zur Prüfung der Zulassungsvoraussetzungen, § 20, gibt keinen direkten Anlaß zur Untersuchung auch der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Antragstellers. Das Gleiche galt für § 11 LuftVG aF.

Dieses Erfordernis wurde zum ersten Male in der LuftVO vom 21. 8. 36 i. d. F. v. 15. 9. 1957 aufgestellt, § 40 Abs. 2 Nr. 3. Von hier aus bestand es fort in den Richtlinien für die Genehmigung von Luftfahrtunternehmen vom 10. 8. 1955, 1. Abschnitt II Nr. 3, 7; zwar wird der terminus nicht gebraucht, der Begriff aber auf verschiedene Bereiche hin aufgegliedert: Wartung der Maschinen, Ausstattung, Versicherungen. Die Richtlinien erwähnen ihn erst in IV Abs. 3c unter der Rubrik "Auflagen", stellen also auf das betriebene ¹⁾ Unternehmen ab; daher heißt es hier "wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens".

Im Anschluß an die LuftVO von 1936 (1957) hat auch § 62 Abs. 2 Nr. 6 LuftVZO den Begriff wörtlich übernommen, isoliert ihn aber von Teilpunkten, die die Richtlinien ²⁾ allesamt ihm unterordnen: Wartungsmöglichkeit, Versicherungen, Ausrüstung der Maschinen.

§ 31 Abs. 4 (i. V. m. Abs. 2 Nr. 11) verlangt eine vorgängige Prüfung des technischen und betrieblichen Zustandes des Unternehmens vor Erteilung der Genehmigung. Diese Prüfung ist jedoch nicht selbständig neben denen des § 20. Vielmehr gehört sie systematisch in § 20 hinein und muß entweder der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit oder der Zuverlässigkeit eingeordnet oder direkt als Tatsachenfeststellung für eine Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung gewertet werden. Da zunächst der Entwurf zu § 31 ³⁾ nur eine betriebliche

1) und nicht auf das erst zu betreibende.

2) das ergibt sich aus dem Zusammenhang.

3) vgl. Bdratsdrucks. 302/59 S. 4.

Prüfung erforderte, wäre der Schluß gerechtfertigt, sie als Teil der Leistungsfähigkeitsprüfung i. S. d. § 40 Abs. 3 LuftVO aF, § 51 EntwLuftVZO Jan. 61, anzusehen. Jedoch wurde später noch die Begutachtung auch des technischen Zustandes als erforderlich eingefügt¹⁾, und zwar um eine näher bestimmte Begründung der Vorschrift zu geben. Damit und im Zusammenhang mit der amtlichen Begründung²⁾ ist zu folgern, daß es sich nicht um eine Prüfung im Rahmen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens oder des Antragstellers handeln kann und schon gar nicht im Sinne der Zuverlässigkeit³⁾, sondern systematisch um eine direkte, unselbständige Sonderprüfung zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne des § 20.

Die Garantie der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gestattet es zwar grundsätzlich dem Gesetzgeber, die Stufe der Ausübungsregelung als die unterste zu überschreiten. Doch ist es keineswegs sicher, ob auch die Prüfung der Leistungsfähigkeit im Sinne des technischen und betrieblichen Zustandes diesen Schritt rechtfertigt. Denn tat sie es nicht und wurde deshalb die Genehmigung wegen Nichtgewährleistung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung versagt, so träfe sie relativ zum Zweck zu hart und würde die Berufsfreiheit wegen Überschreitens des Übermaßverbotes in ihrem Wesensgehalt verletzen. Es ist somit zu untersuchen, ob diese Prüfung der Gewährleistung öffentlicher Sicherheit und Ordnung förderlich ist oder ob sie andere Zwecke verfolgt.

So stellt sich die Frage nach dem Inhalt des Begriffs. Die allgemeine Definition gründet sich auf "das Vorhandensein der finanziellen Grundlage, die die ordnungsgemäße Abwicklung aller Geschäftsvorgänge gesichert erscheinen läßt"⁴⁾. Offen bleibt, was man unter "Ordnungsgemäßheit" zu verstehen hat. Dieses besondere Merkmal des betriebenen Unternehmens läßt sich auch nicht klären, da es einen aus vielerlei Einzelfaktoren bestimmten Bereich betrifft, in dem alle diese Umstände zusammenwirken. Erst hieraus läßt sich als Ergebnis die Funktionssicherheit des Gesamtbetriebes erkennen. Als derartige Einzelfaktoren müssen u. a. ausreichendes Anfangskapital, das Maß der Verschuldung, die Kapitalzusammensetzung, hinreichendes Eigenkapital, geplante Betriebsmittel (d. h. hinreichend

1) vgl. Bdratsdrucks. 284/60, Bdtagsdrucks. 2002/60.

2) Bdratsdrucks. 302/59 Begrdg. S. 6: "Die Überprüfung hat sich insbesondere darauf zu erstrecken, ob der betriebliche Einsatz der Luftfahrzeuge den internationalen Vorschriften des Anhangs 6 (Annex 6) zum Abkommen über die Internationale Zivilluftfahrt vom 7. 12. 1944 entspricht und eine ausreichende Wartung des Geräts gewährleistet ist."

3) aA Landm. -Rohm., 12. Aufl., Anm. 27 zu § 35 (für das Gebiet der GewO).

4) so Liebert S. 246; Hein-Eichh. -Puk. -Kr. 4 zu § 10; Ruwe 4 zu § 10.

leistungs- und tragfähige, flugtaugliche Maschinen ¹⁾), ausreichende kaufmännische Einrichtung gelten.

Schon hieraus ergeben sich deutlich die Schranken der Prüfung, da insoweit ebenso wie bei allen anderen Zulassungsvoraussetzungen die Orientierung an Art. 12 GG notwendig ist. Es geht nicht an, schon vor Beginn des Unternehmens Bilanzen einschließlich Gewinn- und Verlustrechnungen zu verlangen ²⁾. Denn trotz Aufklärung über die vorhandenen Vermögensmöglichkeiten ist eine Bilanz hier fehl am Platze. Sie kann vor Erteilung einer Genehmigung nur ein anderes Unternehmen betreffen, das seine finanziellen Möglichkeiten ebenso wie ein Privatmann nachzuweisen hat und nachweisen kann. Der Einblick in die Bilanz eines auf den Betrieb von Luftfahrtunternehmen abzielenden bisher andersartigen Unternehmens (z. B. juristische Personen) kann der Behörde nicht auf Verlangen, sondern allenfalls freiwillig gewährt werden. Alles Weitergehende stellt einen unzulässigen Eingriff (Einblick) in die Geheimsphäre des Unternehmens dar, der nicht mit der Notwendigkeit, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nachprüfen zu müssen, gerechtfertigt werden kann.

Die Behörde darf nicht Dinge prüfen, die zu untersuchen zwar leichter und bequemer, aber unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in seiner engen Begrenzung auf das Anfangsstadium und dessen Beibehaltung nicht zu billigen ist. Es ist nicht Gegenstand der Untersuchung, die Entwicklungsmöglichkeiten des geplanten Unternehmens festzustellen oder gutheißen bzw. verneinen zu müssen. Das wirtschaftliche Wohlergehen im kaufmännischen Sinne obliegt nicht der behördlichen Fürsorge. Wirtschaftspolitische Gesichtspunkte standen einst unter dem Odium der Bedürfnisprüfung. Anreiz und Gefahr sind groß, im Wege einer Prüfung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auch weiterhin hierzu lediglich indirekte Mittel zu untersuchen, die zwar unter dem Stichwort "Leistungsfähigkeit" teriben, aber letztlich Konkurrenzen verhindern sollen. Es kann nicht oft genug darauf hingewiesen werden, daß unsere Rechtsordnung auf einem im Rahmen des Sozial- und Rechtsstaatsgedankens freien Leistungswettbewerb ³⁾ ruht. So ist es absolut unzulässig, wegen weitgehenden Wegfalls der

- 1) die Flugtauglichkeit hier nochmals zu prüfen, erscheint hinsichtlich der den Maschinen gestellten Aufgabe innerhalb des geplanten Unternehmens als zweckmäßig; die erste grundlegende Prüfung findet anlässlich der Eintragung in die Luftfahrzeugrolle statt, § 2, insbesondere Abs. 1 Nr. 2.
- 2) so § 50 Abs. 1 Nr. 6 EntwLuftVZO Jan. 61 = § 62 Entw. Juni 63 = § 62 Abs. 1 Nr. 6 LuftVZO.
- 3) bestätigt vom BGH Urt. v. 13. 3. 1964 in NJW 64/1274 (1275 r. u.), neuerlich BVerfG Urt. v. 27. 1. 1965 in NJW 65 I 435 ff (436²); auch Wolff I § 33 V b 15 a. E. S. 176.

objektiven Zulassungsvoraussetzungen (scil. Bedürfnisprüfung) nun die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen besonders streng zu prüfen, insbesondere die Leistungsfähigkeit; hier wollte man z. B. im Personenbeförderungsgewerbe zu Lande ein für mindestens sechs Monate reichendes Kapital fordern ¹⁾.

Tatsächlich lief die Praxis bisher darauf hinaus, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nur in technischer Hinsicht zu kontrollieren, und zwar - unter teilweiser Vorwegnahme des erst am 8.2.1961 eingefügten § 31 Abs. 3 - durch das Luftfahrt-Bundesamt (vgl. dazu oben).

Da der Begriff im LuftVG nicht erwähnt wird und die LuftVZO über seine Zuordnung zu entscheiden nicht zuständig ist und auch nichts darüber aussagt, gibt es nur zwei Möglichkeiten; entweder er ist unmittelbare Voraussetzung zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, oder er gehört in den Kreis der Zuverlässigkeitsmerkmale im Sinne einer wirtschaftlichen Zuverlässigkeit und ist erst über diesen Umweg im Sinne der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu werten. Auf keinen Fall handelt es sich um einen selbständigen Versagungsgrund. § 20 Abs. 2 läßt die Ablehnung aus anderen als den aufgeführten Gründe nicht zu. Die Regelung ist insoweit erschöpfend. Den Vorschriften des § 40 Abs. 2 Nr. 3 LuftVO aF und § 62 Abs. 1 Nr. 6 LuftVZO kommt lediglich der Charakter von Ausführungsnormen zu, die das im Gesetz genannte normative Merkmal näher beschreiben, umgrenzen und Hinweise zur Auslegung geben sollen. Beide letztgenannten Vorschriften erleichtern somit nur die Prüfung, ob ein im § 20 ausgewiesener Versagungsgrund vorliegt ²⁾. Eine abweichende Regelung an dieser Stelle widerspräche dem Gesetz ³⁾.

Wie wir gesehen haben, vermag nur ein charakterlicher Mangel Unzuverlässigkeit zu begründen, gleich ob verschuldet oder nicht. Es steht außer Zweifel, daß auch wirtschaftliche Leistungsfähigkeit unverschuldet sein kann. Von dort her auf einen Charaktermangel zu schließen, wäre ungerechtfertigt und verbietet sich deshalb. Ist sie verschuldet, rechtfertigt sich ebenfalls kein Schluß auf Unzuverlässigkeit; denn diese Tatsache allein weist nicht auf generelle gewerbliche Unfähigkeit des Antragstellers hin. Allerdings besteht hier insofern ein enger Zusammenhang zwischen Unzuverlässigkeit und verschuldeter Leistungsfähigkeit, als letztere sich vielfach auf charakterliche Mängel gründet, die ihrerseits

1) vgl. Bidinger S. 206, 228.

2) im Ergebnis gleich Paas S. 122/123; Rigo11 S. 20.

3) zum Verhältnis zwischen Gesetz und Vollziehungsordnung vgl. Giacometti S. 273, der dieses Problem richtig unter dem Gesichtspunkt "der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung ist Verfassungsnorm" sieht, Art. 20 Abs. 3 GG.

die speziell gewerbliche Unzuverlässigkeit des Bewerbers erkennen lassen. Trotz dieser möglichen und meist auch nachweisbaren Symbiose besteht zwischen beiden Merkmalen doch ein Unterschied ¹⁾.

Während in früheren Jahren vielfach die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit als Unterfall der Unzuverlässigkeit gewertet wurde ²⁾, tendiert man heute zur selbständigen Prüfung im Rahmen der Gewährleistung öffentlicher Sicherheit und Ordnung ³⁾ - vorliegend als unselbständige Tatsache im Sinne des § 20 Abs. 2 S. 1. Dem ist jedenfalls im Luftverkehrsrecht unter allen Umständen zu folgen. Einerseits unterstellt § 20 selbst die Zuverlässigkeit dem Oberbegriff "öffentliche Sicherheit und Ordnung". Es wäre mithin unverständlich, wollte man dem an sich schon sehr komplexen Begriff "zuverlässig" einen weiteren ebenso umfassenden Begriff unterordnen. Zur Klarheit trüge er nichts bei. - Darüber hinaus wäre auch nichts gewonnen. Denn die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ist ein Faktor, der selbständig wesentlich zu der Annahme beiträgt, öffentliche Sicherheit und Ordnung nach Genehmigung des Unternehmens als gewährleistet anzusehen. Unter anderen Gesichtspunkten kann die Prüfung nicht statthaben ⁴⁾.

Mit einer bloßen Vermutung zugunsten des Gesetzgebers ist es aber nicht getan. Die Wahrscheinlichkeit für eine öffentliche Gefahr bedarf zur Rechtfertigung eines Freiheitseingriffs strenger Prüfung ⁵⁾. Sie bestätigt sich indes bereits mit der Er-

-
- 1) zu Recht unterscheiden hier auch Fuhr Einl. D V 1 c, A 8 zu § 35, und E. R. Huber I S. 752.
 - 2) so z. B. noch i. PersV 62/46 - ohne Verf. - Angabe - u. NJW 61/1834 VGH München. Die vom BVerfG i. Apoth. -Urt., aaO S. 428, abgelehnte Gefahr für die Berufsmoral bei voller wirtschaftlicher (dort Niederlassungs-) Freiheit ist hier freilich nicht mit auch nur ähnlicher stichhaltiger Begründung zu verneinen. Denn gerade die tragende Tatsache der einerseits traditionell hohen Berufsmoral und andererseits der recht informationsintensiven Standesvertretungen fehlen im Luftverkehrsgewerbe. Hier wäre im Gegenteil die geradezu sprichwörtliche, abenteuerliche, fliegerische Bedenkenlosigkeit ins Feld zu führen.
 - 3) vgl. OVG Münster, Beschl. v. 4. 11. 66 in VkB1 1967 S. 40.
 - 4) in dieser Richtung äußerte sich schon Peters ZLR 54/151; gleicher Ansicht sind u. a. Oppelt S. 62; Michel (u. d. OVG RhPf Beschl. vom 9. 10. 56 in PersV 57/105) S. 210²⁾; VGH Karlsruhe Urt. v. 8. 5. 56 VRspr Bd. 9 Nr. 225 S. 1006; alle für das Kraftverk. -Gewerbe, wo aber die gleichen Erfordernisse gelten; § 9 Abs. 1 PBefG v. 12. 9. 55, § 13 Abs. 1 PBefG v. 21. 3. 61, § 10 Abs. 1 GüKG v. 17. 10. 52.
 - 5) vgl. BVerfG Apoth. -Urt. aaO S. 419 i. V. m. P. Schneider, I. d. pro lib., S. 289.

wägung, daß die dem Luftverkehr von Natur aus innewohnende außergewöhnlich hohe latente Gefährlichkeit durch den geringsten sachlichen oder personellen Mangel aktualisiert werden kann. Erweist es sich z.B. als notwendig, unter allen Umständen flüssige Mittel zu beschaffen, so steht einer Überbeanspruchung des Personals und der sachlichen Mittel kaum noch etwas im Wege. Insoweit unterscheidet sich die Situation im Gelegenheitsluftverkehr grundlegend von der im Apotheken-Urteil vom BVerfG (E 7/419) angesprochenen Niederlassungsfreiheit der Apotheker. Dort konnte mit Rücksicht auf Auskunftsmöglichkeit bei Standesvertretungen und die ohnehin relativ hohe Berufsmoral "Wirtschaftsblindheit" nicht unterstellt werden. Solche Gründe sind aber im Luftverkehrsgewerbe nicht in ähnlichem Umfang offensichtlich. Allgemeine wirtschaftliche Blindheit wird damit keineswegs zugleich unterstellt. Doch wirtschaftliche Vernunft und Vorsicht sind hier auf Grund der abweichenden Struktur des Interessentenkreises (stärker ausgeprägtes Gewinnstreben, kaufmännische Kampfgeist, geringere Berufsmoral mangels anerzogenen Standesbewußtseins usw.) - insbesondere in Anbetracht des in charakteristischer Weise gefahrenträchtigen Gewerbebezuges - bei weitem nicht so verbreitet wie im akademischen Apothekergewerbe ¹⁾. Wo die Mittel hier fehlen, klappt angesichts des natürlichen Gewerbeerhaltungstriebes alsbald eine Lücke im Verhältnis zur relativen Ungefährlichkeit des wohlfundierten Unternehmens. Damit besteht also von vornherein - auch bei momentan persönlich zuverlässigen Bewerbern - eine akute Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Abgesehen von dieser Folge werden bei schon anfänglicher Illiquidität regelmäßig auch die Flugzeuge mangels Mitteln - trotz Nachweises entsprechender Verträge mit geeigneten Unternehmen - nicht mehr ordnungsgemäß gewartet werden. Dies nur als Beispiel für die nach der Lebenserfahrung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwartenden Folgen wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit im Luftverkehrsgewerbe.

Die Freiheitsvermutung zugunsten des Menschen - daß er sich nämlich in voller Freiheit rechtmäßig und innerhalb der durch sein Leben und Wirken in der Gemeinschaft gezogenen Grundrechtsschranken rechtmäßig verhalten werde - kann so nach auf Grund der Erfahrung für diesen Bereich als widerlegt angesehen werden. Die darauf beruhende Prognose gefährlichen Verhaltens im Unvermögensfall macht den Eingriff in Form solcher Berufsvoraussetzung notwendig und zulässig.

1) Im Jahre 1960 bestanden in der Bundesrepublik 31 Luftfahrtunternehmen (s. u. Anm. 5 S. 99). Von 1959 bis 1965 sind allein 15 Genehmigungen kleinerer Unternehmen gegenstandslos geworden durch Einstellung des Betriebes, Widerruf der Genehmigung und Konkurs.

Eine wirtschaftliche oder sachliche Unzuverlässigkeit des Antragstellers gibt es somit nicht. Soweit auf das wirtschaftliche Moment abzustellen ist, wird die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit geprüft - und das unabhängig vom Unzuverlässigkeitsgutachten. Soweit sachliche Momente (d. h. betriebliche und technische) in Rede stehen, unterfallen sie einer Untersuchung gemäß § 31 Abs. 4. Sachkunde und technische Eignung allein sind Merkmale persönlicher Zuverlässigkeit. Die Leistungsfähigkeit ist somit ein eigenes tragendes Merkmal für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit. Damit wird die Frage akut, ob es sich um eine objektive oder eine subjektive Zulassungsvoraussetzung handelt. Vereinzelt sind subjektive und objektive Momente derart miteinander vermengt, daß eine Trennung zugunsten des subjektiven Teils den Bewerber benachteiligen könnte. Ist die subjektive Einflußmöglichkeit als selbständig kaum noch feststellbar, so wird das Konglomerat grundsätzlich insgesamt als objektive Zulassungsvoraussetzung betrachtet werden müssen, und es kann insofern zum Vorteil des Bewerbers reichen, als es angesichts der Ausgangsvermutung für die Freiheit den Schritt auf eine Eingriffsstufe nicht rechtfertigt.

So könnte man auch hier vortragen, zwar beruhe die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit auf den geistigen und übrigen wirtschaftlichen Fähigkeiten des Bewerbers (soweit die persönliche Einflußmöglichkeit); doch sei sie im übrigen in weitem Umfang auch von äußeren unlenkbaren Faktoren abhängig (die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse wie Währungsstabilität, Konjunkturlage usw.) und dadurch unvereinbar mit Art. 12 Abs. 1 GG. Diesem hier einzig möglichen Einwand ist indessen entgegenzuhalten: derartigen objektiven, äußeren und unbeeinflussbaren Wirtschaftslagen unterliegen im jeweiligen Zeitpunkt alle potentiellen wie aktuellen Antragsteller in gleichem Maße. Insoweit könnte von Freiheitsbegrenzung keine Rede sein, da dann die Freiheit aller auf anderer Ebene liegt. Letztlich bleiben also doch nur die von der Persönlichkeit abhängigen Momente in der Debatte. - Soweit die spezielle private Geschäftslage angeführt wird, unterliegt sie hingegen wiederum den ureigenen Fähigkeiten der Person und ist somit grundsätzlich steuerbar.

Es ist also jedem Bewerber überlassen, im Rahmen seiner wirtschaftlichen, geistigen und körperlichen Befähigungen nach freiem Entschluß die Voraussetzung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit zu schaffen. Hiermit ist das bedeutsamste Kriterium der subjektiven Zulassungsvoraussetzung erfüllt ¹⁾. Nicht nur persönliche Eigenschaften sind als subjektive Zulassungsvoraussetzungen zu werten, sondern

1) diese Ansicht kann heute als überwiegend angesehen werden; vgl. u. a. Warncke S. 61; Paas S. 122; Sigl S. 21; BVerwG Beschl. v. 10. 2. 58 VRS Bd. 15 Nr. 96 S. 233; Fuhr A 8 zu § 35; Bonner Komm. II 4 zu Art. 12.

auch alle diejenigen objektiven Umstände, die der Bewerber selbst unmittelbar zu beeinflussen vermag.

Die Vermutung zugunsten des Gesetzgebers ist sonach nicht zu widerlegen. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit spielt als unselbständiger Versagungsgrund zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit im Sinne des § 20 eine beachtliche Rolle. Fehlanzeigen müssen sich zu Lasten des Antragstellers auswirken. Auch hier dürfte mithin der Gesetzgeber die Stufe der Ausübungsregelung überschreiten.

Die Voraussetzung ist auch neben der Zuverlässigkeit das geeignete Mittel für die Sicherheitsgarantie.

Zweck der Prüfung solchen Merkmals ist der Beginn eines Unternehmens unter optimalen sicherheitlichen Voraussetzungen ¹⁾. Trotz aller technischen Sicherheitsvorschriften, wie z.B. dauernde Aufsicht gemäß §§ 29, 20 Abs. 2 S. 1 2. Hs, 31 Abs. 2 Nr. 17, kann der einzelne gerade bei Gelegenheitverkehrsunternehmen täglich wechselnd intensive Betrieb nicht lückenlos überwacht werden.

Wenn die Gegenmeinung die hier in Rede stehende Zulassungsvoraussetzung für das Kraftverkehrsgewerbe als mit Art. 12 GG unvereinbar und deshalb unzulässig erkennen zu müssen glaubt ²⁾, so können wir dem jedenfalls für das Luftverkehrsgewerbe nicht beipflichten. Hier genügt es keineswegs, allein die momentane Betriebssicherheit ³⁾ vor der Zulassung zu prüfen. Ein alsbaldiger wirtschaftlicher Zusammenbruch auf Grund unkonsolidierter kaufmännischer und finanzieller Verhältnisse hätte in diesem Verkehrsbereich fast zwangsläufig auch den sicherheitlichen Bankrott zum Vorreiter. Ist aber die Betriebssicherheit des Personals und der Maschinen nicht mehr gewährleistet, so wird die im Luftverkehrsgewerbe immer an das Akute grenzende latente Gefahr zur konkreten, unmittelbaren, polizeilichen Gefährlichkeit ⁴⁾. Sie abzuwehren ist Sinn und Zweck der Leistungs-

1) Insoweit ist Bachof S. 236 zuzustimmen, wenn er die Einkommenssicherung als geeignetes und notwendiges Mittel zur Gefahrenbekämpfung ablehnt. Er führt aus: "denn daß die Unrentabilität einzelner Unternehmen zu einer Verwahrlosung der Fahrzeuge und damit zur Verkehrsunsicherheit derselben führt, ist nicht mehr als eine Vermutung" (das trifft aus den verschiedentlich oben ausgeführten Gründen für die Luftfahrt nicht zu) ", ... die nicht dazu führen kann, dieser ... Möglichkeit mit dem drastischen Mittel zu begegnen, alle neuen Anträge ohne Rücksicht auf die individuellen Verhältnisse der Antragsteller abzulehnen."

2) Über S. 254, Sieber S. 85.

3) i. S. d. § 31 Abs. 4 LuftVG.

4) hierfür genügt es bereits, wenn die erforderlichen Unfallvers. -Beiträge nicht mehr gezahlt werden, § 62 Abs. 1 Nr. 7 LuftVZO, oder die Haftpflicht nicht mehr gedeckt ist, §§ 33 ff. LuftVG.

fähigkeitsprüfung ¹⁾).

Dem würde es zuwiderlaufen, wenn man - zumindest im Grunde und äußerlich überdeckt durch das Streben nach Gefahrenabwehr - einer behördlichen Fürsorge für das wirtschaftliche Wohlergehen des künftigen Unternehmens das Wort redete ²⁾. So ist es zwar in der Regel richtig, daß ein von Anbeginn an erheblich verschuldetes Unternehmen keine Gewähr für die ordentliche Erfüllung der steuerlichen und sozialen Verpflichtungen zu bieten pflegt ³⁾. Diese Mängel, träten sie auch tatsächlich ein, vermögen aber nicht direkt und allein die Betriebssicherheit zu beeinflussen. Sie sind vielmehr, falls schon Vorgänge vorhanden sind, Bestandteile einer Zuverlässigkeitsprüfung oder aber, falls sie später auftreten, Anhaltspunkte zur Feststellung der Unzuverlässigkeit - und nur insoweit vermögen sie Schlüsse auf die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zuzulassen (s. o.). Besteht aber nur die grundsätzliche Möglichkeit solcher Nachteile, und keiner anderen, so stellte die Versagung der Genehmigung aus diesem Anlaß eine vom Antragsteller nicht erwünschte und sonst aus keinem rechtlichen Grunde zu rechtfertigende, übermäßig freiheitseinschränkende Fürsorge des Staates für die wirtschaftliche Gesundheit des - nun abgelehnten - Unternehmens bzw. des Antragstellers dar ⁴⁾.

Bloße behördliche Interessen (aus statistischen Gründen etwa) oder Maßnahmen im Sinne einer Wirtschaftslenkung sind sonach bei der Prüfung dieses Merkmals absolut unzulässig. Auf die Dauer unwirtschaftliche Zwergbetriebe sind zwar "unerwünscht" - eine Tatsache, die bei der Prüfung des Bedürfnisses vergangener Zeiten eine erhebliche Rolle spielte. Doch ist heute angesichts der Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen und seiner Freiheit die Frage, ob erwünscht oder nicht, einzig mit dem Hinweis auf mißbräuchliche Ausnutzung der vom Gesetzgeber für erforderlich erachteten und daher zur Verfügung gestellten Möglichkeiten und Notwendigkeiten zu beantworten. Sollten hier Verfassung und Verfassungswirklichkeit nicht oder nicht mehr harmonisieren, so muß beides aufeinander abgestimmt werden - aber nur durch Neuorientierung der Verfassungswirklichkeit

-
- 1) Hamann S. 75; Schleicher-Reymann 5 zu § 40 LuftVO aF.
 - 2) diese Auffassung vertreten z. B. Hein-Eichh. -Puk. -Kr. 4 zu § 10; mit Recht treten ihr Liebert S. 246 und Bachof aaO ablehnend entgegen.
 - 3) so Hein-Eichh. -Puk. -Kr. aaO.
 - 4) der Nachweis geeigneten Flugpersonals und betriebsicherer Luftfahrzeuge gehört nicht in die Prüfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, sondern in die Untersuchung nach § 31 Abs. 4.

am Grundgesetz ¹⁾. - Diese Mahnung erscheint deshalb besonders dringlich, weil der Begriff der "wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Antragstellers" aus § 40 Abs. 2 Nr. 3 LuftVO aF überkommen ist, in der neuen LuftVZO wieder erscheint, das LuftVG sich aber unterdessen bedeutend gewandelt hat. Der Begriff wurde in der Tat früher vielfach, wenn nicht zumeist, im Rahmen der Bedürfnisfrage angewendet ²⁾. Diese Gelegenheit scheidet heute aus.

Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens ist nach alledem auch für den Gelegenheitsluftverkehr eine zulässige freiheitseinschränkende Zulassungsvoraussetzung als unselbständiger Bestandteil einer Prüfung zur Gewähr der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.

d) Eintragung in die deutsche Luftfahrzeugrolle

Sind öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht gewährleistet, z. B. auch durch mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, so darf die Behörde eine Genehmigung nach § 20 nicht erteilen. Sie ist insofern an ihre negativen Feststellungen gebunden. Demgegenüber kann sie die Erlaubnis versagen, wenn das zu verwendende Luftfahrzeug nicht im "Verzeichnis der deutschen Luftfahrzeuge", § 2 Abs. 1 LuftVG, eingetragen ist.

Eingetragen wird ein Luftfahrzeug, sofern es im ausschließlichen Eigentum deutscher Staatsangehöriger steht, § 3 Abs. 1 S. 1. Diese Regelung weicht von der des § 3 aF nicht ab ³⁾

Neues bringt hingegen § 20 Abs. 2 S. 2 gegenüber § 11 Abs. 2 S. 2 1. Hs aF. Einst mußte der Antragsteller nicht nur den Nachweis der Eintragung in die Luft-

-
- 1) umgekehrtenfalls die Vermutung zugunsten der Rechtmäßigkeit der Verwaltung (vgl. P. Schneider, I. d. pro lib., S. 264) zur Diktatur und die Ausgangsvermutung zug. der Freiheit ausgehöhlt würden; vgl. im übrigen Arndt (NJW 64 II 1668²⁾ a. E.), der ebenfalls "das vertiefte Bemühen darum, das Grundgesetz zu erfüllen", beschwört.
 - 2) vgl. Meyer in ZLR 54/25.
 - 3) auch betr. juristischer Personen und andere Gesellschaften ist die Neuregelung nur unwesentlich verschieden von der alten Fassung; sie trägt insbesondere den Nachkriegserscheinungen der Europäischen Integration einerseits und der zunehmenden Beteiligung fremden Kapitals andererseits Rechnung; hieran ändert auch § 3 Abs. 1 S. 3 LuftVG nF nichts, da die Ausnahmen offensichtlich nur die besonderen Mehrheitsmerkmale des unmittelbar vorhergehenden S. 2 erweitern sollen.

fahrzeugrolle bringen, sondern darüber hinaus sich selbst als dort eingetragener Eigentümer der Maschine ausweisen. Diese Regelung ist demgemäß auch noch im 1. Abschnitt IV Abs. 2 der Richtlinien von 1955 aufgenommen. Die neue LuftVZO stellt auf die Erfüllung der Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 LuftVG ab, § 14 Abs. 2 LuftVZO. Auch § 20 Abs. 2 S. 2 fordert lediglich noch die Eintragung der Luftfahrzeuge gemäß § 3. Demzufolge braucht der Bewerber nicht Eigentümer seines Maschinenparks zu sein.

Daß es sich nicht um ein Redaktionsversehen handeln kann, ergibt sich zum Teil aus den in den Nachkriegsjahren gepflegten Wirtschaftsbräuchen. Es ist üblich geworden, größere Gegenstände nicht mehr bar zu bezahlen, sondern auf Raten unter Eigentumsvorbehalt zu übernehmen. Ein Deutscher¹⁾ ist dann zwar vielfach Eigentümer, aber der Bewerber kann es noch nicht sein, auch ohne zugleich des Besitzes und der Verwendungsmöglichkeit entbehren zu müssen. Insoweit wäre dann der Vorschrift genügt. - Im übrigen ist auch an den Gelegenheitsluftverkehr mit gecharterten deutschen Flugzeugen zu denken.

Darüber hinaus ist der Unterschied zu § 11 aF nicht einmal so groß. Während einst der Bewerber zwar als Eigentümer eingetragen sein mußte, besaß Deutschland damals aber auch eine recht umfängliche eigene Luftfahrtindustrie mit einer Vielzahl von Typen. Das hat sich seit 1945 sehr geändert. Erst seit 1955²⁾ kann sich die Luftfahrtindustrie langsam wieder erheben und bietet deshalb erst verhältnismäßig wenige neue Typen an. Diese Baumuster entsprechen noch dazu vielfach nicht der unterdessen vom Ausland her gewohnten technischen Perfektion und Reife, jedenfalls aber nicht den heutigen Komfortansprüchen in Bezug auf "styling" und innere sowie äußere Ausstattung. Folge ist die reichliche und weitverbreitete Verwendung ausländischer Maschinen. Sollen diese aber in die deutsche Luftfahrzeugrolle eingetragen werden, müssen sie in ausschließlich deutschem Eigentum stehen; d. h. entweder muß demnach der Bewerber nach § 20 Volleigentümer sein (i. D. d. § 11 aF), oder die Maschine muß zumindest Vorbehalts- oder auch Volleigentum eines deutschen Zwischenhändlers bzw. einer deutschen Charterfirma sein.

Hieraus werden auch Sinn und Zweck der Vorschrift verständlich. Sie will das Inland vor einer Überfremdung schützen. Solcher Schutz ist zweckmäßig und international üblich, um nicht manches kapitalstarke ausländische Unternehmen einen Konkurrenzkampf zu Lasten der deutschen Wirtschaft durchfechten zu lassen (vgl. auch §§ 23, 23 a LuftVG). Insofern ist die Gesundheit der deutschen Wirtschaft ein schutzwertes Allgemeingut. - In erster Linie spielen aber hier

1) der Hersteller oder ein Zwischenhändler.

2) 5. Mai 1955: Übertragung der "vollen Souveränität".

auch die von § 20 verfolgten Sicherheitsmotive die maßgebende Rolle. Deutsche Prüf- und Zulassungsbehörden sind für die sicherheitlich-technische Kontrolle ausländischer Luftfahrzeuge im hier angesprochenen Bereich nicht zuständig. Darüber hinaus ist es aus vielerlei auf der Hand liegenden Gründen nicht möglich, für längere Zeit an deutsche Unternehmen vercharterte auswärtige Luftfahrzeuge durch die Heimatbehörden in ausreichendem Umfang zu überwachen ¹⁾.

Der Schutz ist rechtmäßig und mit Art. 12 GG vereinbar. Diese Grundvorschrift garantiert nur "allen Deutschen" die Berufsfreiheit. Ein Menschenrecht zu beruflicher Freiheit mag es geben, jedenfalls aber wird es vom Grundgesetz im deutschen Hoheitsbereich nicht zugestanden.

Ob sich dieser Schutz auf die Dauer wird durchhalten lassen, erscheint angesichts der zunehmenden europäischen Integration als höchst zweifelhaft. Zumindest wird ein derartiger Durchbruch nicht ohne Neuregelung zu erreichen sein und ist de lege lata auch im Wege der Auslegung nicht möglich.

Im Augenblick aber läßt sich die deutsche öffentliche Sicherheit nicht anders gewährleisten als durch die Beschränkung der deutschen Gelegenheitsluftfahrt auf deutsche Flugzeuge. Eine andere Möglichkeit gibt es nicht. Damit stellt dieses Erfordernis einen mit den Freiheitsrechten unvereinbaren Eingriff nicht dar.

Fraglich kann aber erscheinen, ob es sich um eine Zulassungsvoraussetzung handelt, und wenn ja, ob auch sie eine subjektive ist. - Die Verwaltung ist an Gesetz und Recht gebunden, Art. 20 Abs. 3 GG. Danach ist einer Behörde auch durch eine Kann-Vorschrift kein Ermessensspielraum über alle Grenzen eingeräumt. Wäre dies der Fall, so würde die große Weite dieses Raumes sich als objektive Zulassungsvoraussetzung auswirken und damit auch vorhandene subjektive Elemente überdecken. Das der Behörde in § 20 Abs. 2 S. 2 eingeräumte Ermessen erstreckt sich indessen nicht auf alle Fälle von Genehmigungsanträgen. Betroffen werden nur die Bewerber, die nicht in die Rolle eingetragene Flugzeuge verwenden wollen. Allen anderen kann insoweit eine Genehmigung nicht versagt werden. Für diese handelt es sich deshalb der grundsätzlichen Ablehnbarkeit in den Fällen der Nichteintragung wegen um eine Voraussetzung der Zulassung.

Für die übrigen Antragsteller besteht zwar ein Ermessensspielraum, doch nur im Sinne einer Ausnahmeregelung ²⁾. Denn es heißt nicht, "die Genehmigung kann

1) vgl. Btdagsdrucks. 3. WP Nr. 100 vom 20.12.57 Begrdg. Nr. 14 zu Art. 1 Nr. 14 (Änderung des § 11 LuftVG aF).

2) "Die Kann-Vorschrift ... läßt die Möglichkeit zu, besonderen Umständen Rechnung zu tragen"; so die Begründung Nr. 14 zu Art. 1 Nr. 14 (Änderung des § 11 aF) in Btdagsdrucks. 3. WP Nr. 100 vom 20.12.1957.

erteilt werden" (also grundsätzliche Versagung), sondern "die Genehmigung kann versagt werden" (also grundsätzliche Erteilung). Die Kann-Vorschrift stellt somit nichts anderes dar, als eine Ermächtigung der Behörde, in ganz bestimmten Fällen einzugreifen, die zudem ihrem Sinne nach zugleich das zu schützende Gemeinschaftsgut ausweist: Schutz vor Überfremdung, Sicherheit.

Dadurch wird der Vorschrift ihr Charakter als Zulassungsvoraussetzung nicht genommen; er wird vielmehr unterstrichen durch die grundsätzliche Möglichkeit, Antragsteller mit nicht eingetragenen Luftfahrzeugen zurückzuweisen.

Zweifel, ob subjektive oder objektive Voraussetzung, sind unter Hinweis auf die Ausführungen zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu beheben. Wenn es schon in der Macht des Einzelnen steht, kapitalkräftig zu sein, so liegt es umso mehr bei ihm, für die Genehmigung in die Luftfahrzeugrolle eingetragene Luftfahrzeuge als zur Verwendung vorgesehen nachzuweisen. Kein Antragsteller ist darauf angewiesen, nicht eingetragene Flugzeuge verwenden zu müssen, so daß es für ihn eine unbeeinflussbare und deshalb objektive Voraussetzung wäre.

Es zeigt sich, daß ein vom Bewerber unbeherrschbares Element nicht enthalten ist. Es liegt nur an ihm, ob er sich in den Ermächtigungsbereich der Behörde begibt, oder ob er füglich als Deutscher in Deutschland oder als Ausländer in Deutschland und vom deutschen Recht beherrscht außerhalb dieses Ausnahmebereichs bleibt. Objektive Momente, die die subjektiven überschatten könnten, gibt es nicht in dieser Vorschrift des § 20. Es handelt sich somit um eine subjektive und zulässige Zulassungsvoraussetzung.

T E I L B

INHALT DES ANSPRUCHS AUS
§§ 20, 22 LuftVG

§ 1

SUBJEKTIV-ÖFFENTLICHES RECHT

Erfüllt ein Antragsteller alle diese vorgängig erläuterten Zulassungsvoraussetzungen, so ist er Berechtigter im Sinne eines konkreten Anspruchs auf Erteilung der Genehmigung nach §§ 20, 22 (siehe auch oben Teil A, § 2). Er ist Inhaber des nun aktualisierbaren subjektiven öffentlichen Rechts auf Vornahme des Verwaltungsaktes. Die Genehmigung muß jetzt erteilt werden. Sie gewährt ihrerseits ein eigenes subjektiv-öffentliches Recht auf den Betrieb des so genehmigten Unternehmens. Der Hoheitsträger kann ohne einen aus dem Gemeinschaftsleben oder der Sphäre des Erlaubnisinhabers erwachsenen wichtigen Grund diese Rechtsposition¹⁾ nicht mehr beeinträchtigen, sofern jener Grund auf die Erteilung Einfluß haben würde im Sinne einer Sicherung der die Einzelinteressen überragenden Gemeinschaftsgüter. Dieser geschützte verwaltungsrechtliche Besitzstand gründet auf der Erlaubnis selbst²⁾.

§ 2

GENEHMIGUNG UND AUFLAGEN

"Die Genehmigung kann mit Auflagen verbunden werden". - Die Fassung des § 20 Abs. 1 ist unglücklich insofern, als dieser Satz 3 systematisch entweder als Satz 2 oder als Satz 4 gelten muß. An dem ihm zugewiesenen Platz erweckt er den Eindruck, lediglich für die Genehmigung nach Satz 2 anwendbar zu sein. Es ist aber kaum ernstlich zu bezweifeln, daß er generell für die Genehmigung nach

1) vgl. insbes. die Definition bei Turegg-Kraus S. 163.

2) so Turegg-Kraus S. 485; vgl. auch Wolff I § 43 III c 2 (S. 225); Bidinger Komm. Anm. 13 zu § 2 und E.R. Huber I S. 687 ist beizupflichten, wenn sie den gegenüber vergangenen Zeiten im modernen Rechtsstaat besonders intensiven Schutz des Privatrechtssubjekts in seiner Stellung zur öffentlichen Verwaltung hervorheben und schon deshalb zur Annahme eines subj. - öffentl. Rechts aus einer Gewerbeerlaubnis gelangen.

Satz 1, zu der die Sätze 2 und 4 nur Erweiterungen bzw. Einschränkungen darstellen, zu gelten hat.

Die Vorschrift spricht nicht von der gewöhnlich Hand in Hand mit der Auflage einhergehenden schärferen Form der Bedingung. Da die Bedingung immer ein "wenn" im Gefolge hat, wäre die unter ihr erteilte Erlaubnis bis zu ihrem Eintritt schwebend unwirksam (Suspensivbedingung). Zum anderen hat sich geradezu eine Vermutung zugunsten der Auflage ausgebildet. Im Zweifel ist eine verwaltungsrechtliche Bedingung als Auflage zu verstehen, um die meist unverhältnismäßig scharfe Wirkung der Bedingung abzuschwächen ¹⁾. Diese Anhaltspunkte lassen darauf schließen, daß der Gesetzgeber bewußt nur die Auflage zuläßt. Ein weiterer Grund, dies anzunehmen, ergibt sich aus der abweichenden Fassung des § 22, wonach auch Bedingungen möglich sein sollen. Hieraus rechtfertigt sich der ²⁾ Schluß, die Genehmigung müsse unter den Voraussetzungen des § 20 Abs. 2 in jedem Fall mit sofortiger Rechtswirksamkeit erteilt werden. Die möglichen Auflagen sind lediglich dieser Vergünstigung als freie öffentliche Pflichten ³⁾ "beigefügte Anordnungen, durch die" (zusätzlich zu den gesetzlichen Voraussetzungen) "ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen des Begünstigten vorgeschrieben wird" ⁴⁾. Diese Auslegung trägt sowohl dem Art. 12 Abs. 1 GG als auch insbesondere der Luftraumfreiheitsgarantie des § 1 Abs. 1 Rechnung, indem der Behörde ein möglicherweise mit beiden Grundsätzen unvereinbarer Eingriff nicht leichter als unbedingt nötig gemacht wird.

Der Begünstigte hat volle Freiheit, die Auflage zu erfüllen oder sie zu übergehen und damit auf den begünstigenden Verwaltungsakt zu verzichten. Auf die einmal erteilte Genehmigung hat die Auflage aus sich heraus keinen Einfluß mehr, da sie selbständig durchsetzbar ist ⁵⁾. Hieraus ergibt sich bereits die grundsätzli-

1) vgl. auch Forsthoff S. 198, H.R. Huber S. 34.

2) aus der Systematik der Vorschriften zwingende und wohl auch in § 63 Abs. 1 LuftVZO zugrunde gelegte...

3) Giacometti S. 372/373.

4) so Art. 31 Entw. einer Württ. VerwRechtsO, vgl. bei Krüger S. 387 oder Fuhr Vorb. VIII 1 zu § 16.

5) insoweit dürfte die Auffassung Beines S. 10 verfehlt sein, wonach die Auflage die Erlaubnis zum mitwirkungsbedürftigen Verw.-Akt stempelt; zwar ist die Auflage nur eine Nebenbestimmung, doch läßt gerade sie im Gegensatz zur Bedingung den Verw.-Akt unangetastet, ist zwar akzessorisch zu ihm, aber nur als Existenzvoraussetzung; deshalb ist die Auflage insoweit selbst ein mitwirk.-bedürftiger Verw.-Teilakt - ähnlich auch Krüger S. 454.

che Vereinbarkeit der Auflage mit Art. 12 GG. Denn wenn die Zulassung zum Beruf schon durch die erteilte Genehmigung (ohne Bedingungen) nicht mehr beschnitten werden kann, so regelt die Auflage nur über die gesetzlichen Voraussetzungen hinaus die Art und Weise der Berufsausübung durch den Genehmigungsinhaber ¹⁾. Der Begünstigte darf also wie beantragt tätig werden, doch wird ihm zugleich mit der Auflage eine bestimmte Verhaltens- und Verfahrensweise geboten.

Die Auflage und ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz finden demnach ihre Grenzen dort, wo die Auflage mißbräuchlich die freie Berufswahl stört, wo sie die zwar erteilte Erlaubnis sogleich wieder vernichtet oder inhaltlich mit dem Verwaltungsakt nicht mehr zusammenhängt.

Damit ist grob umrissen, welcher Art die Auflagen nur sein dürfen ²⁾. Die Gefahr, Auflagen als indirekte Lenkungsmittel zur Verfolgung bestimmter Zwecke zu verwenden, ist groß ³⁾. Sach- und gesetzesfremde Auflagen widerstreiten dem pflichtgemäßen Ermessen der Verwaltung; und nur von diesem Ermessen hängt der Inhalt der Auflagen ab. Dieses Ermessen darf aber nach anerkannten, verwaltungsrechtlichem Grundsatz nicht willkürlich - Sach- und Zweckfremdheit wären Willkür - angewendet werden. Deshalb unterliegt die inhaltliche Bestimmung der Auflagen unmittelbar der ratio legis. Ein direkter teleologischer Zusammenhang zwischen Genehmigung und Nebenbestimmung als im öffentlichen Interesse angeordneter Maßnahme ist unabdingbar, andernfalls jeglicher Willkür Raum gegeben wäre ⁴⁾.

Maßgebend sind demnach Sinn und Zweck des Gesetzes, das den Verwaltungsakt beherrscht ⁵⁾, und damit der Verwaltungsakt selbst unmittelbar, d.h. die Verkehrsgenehmigung nach §§ 20, 22. In Betracht kommt also allein § 20 und nicht

-
- 1) vgl. auch Fuhr Vorbem. VIII 2 zu § 16; Giacometti S. 365 bestimmt die Auflage richtig als das im Sinne der Verwirklichung des Verhältnismäßigkeitsprinzips geeignetste Hilfsmittel zur Anpassung des Inhalts eines den Adressaten begünstigenden Verw. - Aktes an die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles.
 - 2) ohne auf den konkreten Inhalt der Auflagen einzugehen; s. u.
 - 3) darauf weisen schon H. R. Huber S. 66 und Beine S. 12 hin.
 - 4) vgl. außer den vorgenannten auch Niemeyer S. 903¹, Forsthoff S. 198, Rigoll S. 14, auch Giacometti S. 376.
 - 5) von prägnanter Deutlichkeit § 16 Abs. 1 PBefG v. 21. 3. 1961: "Die Genehmigung .. kann unter .. Auflagen erteilt werden, die sich im Rahmen dieses Gesetzes und der zu seiner Durchführung erlassenen Vorschriften halten müssen".

das gesamte LuftVG. Zur Begründung mag der Hinweis auf die Spezialnormen mit eigenen Auflagenermächtigungen der §§ 6, 22, 24, 25, 27 ausreichen.

Abzulehnen ist jedoch im Hinblick auf die Genehmigung nach § 20 die Auffassung, die Auflage habe nicht Gesetzeszwecke zu fördern, sondern Umstände auszuräumen, die eigentlich die Genehmigung zu versagen nötigten¹⁾. Liegen derartige Verhältnisse vor, so ist die Genehmigung zu versagen; folgte man der abweichenden Ansicht, so würde dieses Muß des § 20 Abs. 2 S. 1 in ein Kann im Sinne des § 20 Abs. 1 S. 3 umgewandelt. Damit würde die Vorschrift sinnlos; die Behörde hätte Ermessensentscheidungen zu fällen, deren Anforderungen sie häufig nicht gewachsen ist. Zudem verkennt diese Ansicht, daß die Behörde nicht mehr zum Erlaß von Auflagen kommen kann, wenn sie den Verwaltungsakt nicht erteilen darf. Die Auflage vermag aus sich heraus den Bestand des Hauptaktes nicht mehr zu beeinflussen²⁾. - Wir haben an früheren Stellen wiederholt das außergewöhnliche Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit gegenüber der Gelegenheitsluftfahrt betont und darauf gründend die freiheitsbeschränkende Genehmigung und Zulassungsvoraussetzungen als mit dem Grundsatz der Berufsfreiheit vereinbar erkannt. Diese Anforderungen werden dann nicht erfüllt, wenn der gesetzmäßige Zustand eines Unternehmens im Augenblick der Genehmigungserteilung nicht hergestellt ist. In dem Fall zwingt das Gesetz völlig zu Recht, die Erlaubnis zu versagen³⁾. Anders liegt die Situation, wenn der Bewerber z. B. eine Anzahl als Betriebsleiter vorgesehener Personen benennt; dann darf die Auflage ergehen, diesen und jenen nicht in die leitende Position zu heben, sofern nur ein anderer als zuverlässig gilt. Unter keinen Umständen ist es nach Maßgabe des § 20 Abs. 2 S. 1 zulässig aufzuerlegen, den im Augenblick noch nicht den aus sicherheitlichen Gründen zwingenden gesetzlichen Erfordernissen entsprechenden Zustand "alsbald" herzustellen. Eine derartige Maßnahme wäre äußerstenfalls in der Weise denkbar: die Genehmigung wird erteilt mit der Auflage, den Betrieb bis zur Erfüllung einer gesetzlichen Voraussetzung nicht zu beginnen.

- 1) Krüger z. B. S. 522; Giacometti hingegen, S. 365, ordnet diesen Zweck zu Recht nur der Suspensiv-Bedingung und Befristung zu.
- 2) davon geht auch Krüger im Widerspruch zu seiner im übrigen abweichenden Auffassung aus, S. 450. Anderes gilt von der Suspensivbedingung; doch solange sie nicht erfüllt ist, ist de facto auch die Erlaubnis nicht erteilt (schwebend unwirksam).
- 3) wenn der Antragsteller oder der verantwortliche Leiter unzuverlässig, wenn die Leistungsfähigkeit unzureichend ist, keine in die deutsche Luftfahrzeugrolle eingetragenen Luftfahrzeuge vorhanden sind (letzterenfalls "kann" die Genehmigung verweigert werden, § 20 Abs. 2 S. 2, s. o.).

Vor dieser Methode ist aber eindringlich zu warnen als mit dem Gesetzeszweck unvereinbar. Denn damit begäbe sich die Behörde ihrer Schlüsselstellung und könnte einem der Auflage zuwider begonnenen und genehmigten Unternehmen vorab nur durch Erzwingen der Auflageerfüllung beikommen. Sie wäre so einem genehmigten Betrieb gegenüber auf bloße Aufsicht beschränkt. Angesichts der freiheitsbegrenzenden Erlaubnisnotwendigkeit wäre dieser Weg völlig verfehlt und setzte das Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit hinten. - Anderes gilt nur für einen Fall nach § 20 Abs. 2 S. 2, wenn die Behörde die Auflage erteilt, in gewisser Zeitspanne die ausländischen Flugzeuge durch in die deutsche Rolle eingetragene zu ersetzen. Denn nur hier ist dem Ermessen ein Raum gewidmet ("kann"), weil möglicherweise im Hinblick auf den bestimmten auswärtigen Eigentümerstaat die Sicherheitsanforderungen doch - wenigstens vorübergehend - erfüllbar sind. - Auflagen sind demnach auch insoweit zulässig, als einem sich während des Betriebes ergebenden festgesetzten Versagungs- = Widerrufsgrund in Sinne der Mittel-Zweck-Relation Rechnung getragen werden kann. Die Auflage kann dann dahin ergehen, den Betrieb bis zur Behebung des zwingenden Mangels einzustellen bzw. den Mangel binnen kürzester Frist zu beheben. - Auflagen können danach auch erteilt werden, um im Zuge der Entwicklung des Unternehmens die im Augenblick der Erlaubniserteilung gegebene Mindestsicherheit im Einzelfall zu erhöhen. Dann besteht aber bereits der gesetzmäßige Zustand von Anfang an; denn das Gesetz stellt nur Mindestanforderungen.

Eine Auflage im Sinne des § 20 Abs. 1 S. 3 darf nach allem nur dann auferlegt werden, wenn im Zeitpunkt ihrer Erteilung (Erlaß der Genehmigung) die zwingenden gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen lückenlos vorliegen. Sie stellt eine Steuerung des sich in der Zeit fortentwickelnden Gelegenheitsluftverkehrsunternehmens dar - eine Steuerung jedoch, die nur dem Zweck dient, im Einzelfall die anfängliche sicherheitliche Mindestlage zu erhalten oder zu verbessern und damit eine diesem Gedanken Rechnung tragende weitgehend günstige Prognose zu ermöglichen. Die Auflage wirkt somit immer erst gegen das schon genehmigte und betriebene Unternehmen, zeitlich mithin der Genehmigung nachfolgend. - Die Auflagen des § 20 dienen allein dazu, Sinn und Zweck eben dieser Vorschrift zu fördern und zu verwirklichen (vgl. etwa § 72 LuftVZO für Selbstkostenflüge) und den grundsätzlichen Fortbestand der bei Erteilung der Erlaubnis erfüllten Voraussetzungen und Umstände zu gewährleisten (z.B. im Wege vereinfachter und dadurch in höherem Grade sichernder Kontrolle)¹⁾.

1) Auflagen können nämlich nur diejenigen öffentl. Pflichten sein, die nicht schon die Konkretisierung u. Individualisierung rechtssatzmäßiger öffentlicher Pflichten sind, welche das Gesetz zum obligatorischen Inhalt v. begünstigenden Verw.-Akten erklärt - sogen. Rechtsauflagen; Giacometti S. 372/373.

Bedingungen darf die Behörde nicht stellen (weder aufschiebende (Suspensiv-), da hierfür das Gesetz nichts hergibt und Grenzen nicht gezogen wären, noch auflösende (Resolutiv-), da das Gesetz die Rücknahmemöglichkeiten für die Erlaubnis insoweit jedenfalls erschöpfend aufzählt).

Der Zeitpunkt der Auflagenerteilung ist durch den Wortlaut des Gesetzes festgelegt. u. E. kommt in der Fassung klar zum Ausdruck, daß einem genehmigten Betrieb keine Auflagen mehr gemacht werden dürfen. Sie sind vielmehr stets und nur gleichzeitig mit der Genehmigung zulässig und allein in dem Fall zwingend für den Begünstigten. Dieser soll vor den gerade im Luftverkehrswesen erforderlichen regelmäßig beträchtlichen Kapitalinvestitionen die an ihn gestellten Forderungen kennen. Nur so kann er frei entscheiden, ob er von der Genehmigung Gebrauch machen will oder nicht, um der Erfüllung der Auflagen zu entgehen, bzw. ob die Auflagen mögliche oder beabsichtigte Kapitalanlagen gefährden werden und er sich umstellen muß. Nachträgliche Auflagen sind mithin grundsätzlich unzulässig und nicht verbindlich ¹⁾.

Nachträgliche Auflagen sind als partieller Widerruf zu werten. Die herrschende Meinung ²⁾ läßt daher die nachträgliche Nebenbestimmung nur zu, wenn der Erlaubnisinhaber eingewilligt, wenn sie bei Erteilung vorbehalten war, oder wenn der Widerruf des Verwaltungsaktes zulässig ist. Letzteres ist in § 20 Abs. 2 der Fall; deshalb ist statt eines generellen Widerrufs häufig eine zur Abstellung des eingetretenen Mangels erlassene nachträgliche Auflage das mildere und angesichts des tiefen, zerstörenden Eingriffs des Widerrufs angemessenere Mittel (Prinzip der Verhältnismäßigkeit der Mittel). - Nur grundsätzlich vermögen wir uns der Ansicht über die Zulässigkeit auf Grund anfänglichen ausdrücklichen Vorbehalts anzuschließen. Der Vorbehalt allein genügt nicht, auch dann nicht, wenn keine hinreichende Sicherheit für das Erreichen des von der anfänglichen Nebenbestimmung verfolgten Zweckes besteht. Vielmehr muß der Vorbehalt den Inhalt der später zu erlassenden Auflage im groben Umriß erkennbar werden lassen oder zumindest das mit ihr vorgesehene Ziel genügend deutlich bestimmen. Nur so wiederum wird es dem Erlaubnisinhaber möglich sein, sich einzurichten und partiellem Widerruf vorzubeugen. Es genügt auf keinen Fall als Vorbehalt eine einfache Generalklausel ³⁾; erforderlich ist zumindest der Hinweis auf § 20 Abs. 2 S. 1 2. Hs.

1) vgl. Niemeyer S. 903¹.

2) vgl. u. a. Fuhr Vorbem. VIII 3 zu § 16 und 3 h zu § 33 a; Koffka-Bod. - K. S. 62 u. Anh. 31 zu § 42 mit weiteren Nachweisen; Beine S. 11; Krüger S. 455.

3) wie sie Fuhr, 3 h zu § 33 a, versteht: "spätere Auflagen vorbehalten".

Da es sich um eine Kann-Vorschrift handelt, steht es grundsätzlich im Ermessen der zuständigen Behörde, ob sie Auflagen für notwendig hält oder nicht. Dieses Verfahren ist auch sinnvoll, weil bei den einzelnen Antragstellern die Inponderabilien für eine zu vermutende Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nach Erteilung der Genehmigung sehr verschieden zu sein pflegen. - Darüber hinaus stellt die Vorschrift eine Ermächtigung an die obersten Verkehrsbehörden dar, entsprechende verbindliche Auflagenweisungen an die nachgeordneten unmittelbar zuständigen Behörden zu erteilen. In diesem Sinne sind z.B. die für die vom Reichsminister der Luftfahrt genehmigten Luftfahrtunternehmen einst aufgestellten generellen und für alle Erlaubnisse (nach § 11 aF) geltenden "Auflagen" ¹⁾ zu verstehen (vgl. § 41 Abs. 1 LuftVO vom 15. 9. 1957); das Gleiche gilt heute für alle vom Bundesminister für Verkehr vielfach in Rundschreiben an die Verkehrsminister der Länder ²⁾ erteilten Auflagenweisungen.

Die Auflage ist selbständig durchsetzbar (s. o.). Da sie im öffentlichen Interesse getroffen wird, muß die Verwaltung ihre Durchführung kontrollieren und beaufsichtigen. Soweit man dieses Aufsichtsrecht nicht bereits als in §§ 29, 31 Abs. 2 Nr. 17 normiert ansehen will, erübrigt sich eine besondere gesetzliche Grundlage. Denn die Verwaltung hat das öffentliche Interesse zu wahren und zu schützen ^{3) 4)}.

§ 3

BEFRISTUNG UND FREIHEITSGRUNDSATZ

Das LuftVG stellt es in § 20 Abs. 1 S. 3 in das Ermessen der Verwaltung ("kann"), die zu erteilende Genehmigung zu befristen (ebenso § 63 Abs. 1 LuftVZO). Damit weicht es erheblich von der Regelung anderer Verkehrsgebiete ab. Sowohl das PBefG vom 21. 3. 1961 (§ 16 Abs. 2 i. V. m. §§ 38, 44, 50) als auch das GüKG vom 3. 6. 1957 (§ 12) gestatten grundsätzlich nur eine auf bestimmte Zeit erteilte Genehmigung; dabei variieren die Fristen von höchstens vier bis mindestens acht Jahren oder für die Amortisationszeit des Anlagekapitals. § 20 LuftVG unterscheidet sich damit aber auch von § 11 aF, der eine Befristung nicht vorsah

- 1) die wohl inhaltlich auch heute noch gelten können und angewendet werden.
- 2) vgl. z.B. das Schreiben L 3-311-3-37-Vm/59 vom 19. 2. 1959 betr. "Auflagen bei Selbstkostenflügen".
- 3) vgl. Beine S. 12, auch Giacometti S. 375.
- 4) wegen der Fehlerhaftigkeit von Auflagen z.B. wegen mangelhafter Mittel-Zweck-Relation vgl. Beine S. 14; Forsthoff § 12 Nr. 3 S. 230.

und sohin auch nicht erlaubte ¹⁾. Welchen Zweck also verfolgt der Gesetzgeber mit dieser neuartigen Regelung?

Für das Luftverkehrsrecht wird durchweg die Notwendigkeit einer späteren Kontrolle ins Feld geführt ²⁾. Danach soll es erforderlich sein, von Zeit zu Zeit zu prüfen, ob die Genehmigungsvoraussetzungen noch vorliegen. - Dieser Grund mag zwar auch für die Neufassung des LuftVG maßgebend gewesen sein, trägt aber seiner Komplexität hinsichtlich der behördlichen Ermessensentscheidung wegen nicht. Entweder die zeitweilige Überprüfung ist notwendig; dann muß befristet werden. Oder sie wird aus irgend welchen Gründen für nicht erforderlich gehalten; dann darf nicht befristet werden.

In der Tat besteht eine dauernde Beaufsichtigung der Luftfahrtunternehmen durch die Luftaufsicht (§§ 29, 31 Abs. 2 Nr. 17), der auch die erforderlichen Möglichkeiten eingeräumt sind (§ 29 Abs. 1 S. 2; auch § 65 LuftVZO). Diese Vorschrift macht eine Befristung der Erlaubnis überflüssig. Es ist auch nicht ersichtlich, nach welchen Gesichtspunkten die Behörde dem einen Bewerber eine Frist setzen, den anderen aber unbefristet begünstigen will. Soweit die erkennbaren Imponderabilien des einen Unternehmens stärker differieren sollten von denen eines anderen, kann die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen zusätzlich zur ständigen Aufsicht Auflagen stellen (s. o.).

Dies läßt nur den Schluß zu, daß auf gesetzliche Weise unter Durchbrechung des Grundsatzes der ständigen Daueraufsicht gemäß §§ 20 Abs. 2 S. 1 2. Hs, Abs. 1 S. 3 1. Altern., 29 der Behörde eine bequemere Kontrollmöglichkeit eingeräumt werden sollte. Da hiermit zugleich eine unter Umständen erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung geschaffen würde, muß diese Bequemlichkeitsregelung - auch leichteres Erlöschen der Genehmigung ohne den verwaltungsgerichtlich schwierigeren Widerruf - als nicht von den Befugnissen aus gesetzgeberischem Ermessen gedeckt und damit als unzulässig verworfen werden. Denn sie hieße, daß während der Frist eine eingehende dem Sinn und Zweck des § 20, Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, entsprechende Aufsicht unterbleiben dürfte und damit unerkannt möglicherweise erhebliche Gefahren für die Allgemeinheit bis zum Ablauf der Frist und der damit verbundenen Generalkontrolle des Unternehmens fortbestünden.

Andere als Kontroll- oder Aufsichtsgründe sind für eine Befristung auch nicht denkbar.

-
- 1) 1. Abschnitt IV Abs. 4 der Richtlinien v. 1955: "die Genehmigung wird unbefristet erteilt".
 - 2) so das BVerwG Urt. v. 30.11.1954 VRS Bd. 8 Nr. 175 S. 318; OVG RhPf Urt. v. 10.2.1956 VRspr. Bd. 8 Nr. 179 S. 716.

Zudem wäre eine Befristung - wie der systematische Zusammenhang von Auflage und Befristung zeigt - ebenso wie die Auflage nur im Rahmen des von § 20 verfolgten Zweckes zulässig. Hieraus folgte zwingend der Anspruch des Erlaubnis-Inhabers auf Verlängerung der Genehmigung, sobald nach Fristablauf und der ad-hoc-Prüfung alle Voraussetzungen des § 20 noch und weiterhin als erfüllt befunden werden. Tatsächlich aber besteht auf Grund des Widerrufsvorbehaltes dieser Anspruch auf Fortdauer der Erlaubnis während der gesamten Betriebszeit (subjektiv-öffentliches Recht). Und bei fortwährendem Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen verlängert sich automatisch und kontinuierlich die Genehmigung, bis ein Widerruf gemäß dem Vorbehalt notwendig werden sollte. Dieser Regelung widerspricht aber die Befristungsmöglichkeit.

Die Kann-Vorschrift in eine Muß-Vorschrift etwa umzudeuten, verbietet sich danach ebenfalls.

Da das Gesetz eine Befristung mindestens bis zur Tilgung der Kapitalanlagen nicht zwingend vorschreibt, vielmehr auch die Dauer der Frist in das zwar pflichtgemäße aber freie Ermessen der Verwaltung stellt, wurde eine kürzere Frist nicht immer pflichtwidrig bzw. ermessensfehlerhaft sein. Sie würde jedoch angesichts des Dauerkontrollzwanges und der übrigen geringeren aber gleich kräftigen Einwirkungsmöglichkeiten (vgl. etwa § 29 Abs. 1 S. 2) einen unverhältnismäßig starken Eingriff in das erlaubte Gewerbe darstellen. Sie würde die Entwicklung und die wirtschaftliche Festigkeit des Unternehmens unvertretbar beeinträchtigen. Wenn auch der Unternehmer einen Anspruch auf Verlängerung hätte, so wäre es doch möglich, daß die Behörde aus zweckfremden Gründen die Erlaubnis nicht verlängerte und ein Verwaltungsstreitverfahren anhängig werden müßte. Solche Unsicherheit muß dem besonders kapitalintensiven Luftfahrtunternehmen ferngehalten werden¹⁾, zumal es eine einstweilige Erlaubnis (wie etwa in § 20 PBefG) im LuftVG nicht gibt. Darüber hinaus wäre es denkbar, daß die Behörde - kaum nachprüfbar - unlautere Motive einer Befristung zugrunde legt - etwa im Sinne einer Bedürfnisprüfung bzw. Konkurrenzschutzes - und derart kurze Fristen ansetzt, daß der Bewerber von vornherein resigniert. Auch hier würde es sich um einen Eingriff in die Berufswahlfreiheit handeln.

Eine Nebenbestimmung muß nicht nur Belange der Allgemeinheit regeln und schützen sollen; ihre Zulässigkeit rechtfertigt sich u. U. auch nach dem Grundsatz "volenti non fit iniuria", wenn sie dem einzelnen Bewerber zum Vorteil zu gereichen geeignet ist. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob der Betroffene diesen Vorteil erkennt; der objektive Nutzen muß genügen gegenüber der Situation aus einem unbefristeten Verwaltungsakt. Zu denken wäre hier etwa an das

1) hierzu auch Forstthoff, 6. Aufl., 1956, S. 237.

Interesse des Antragstellers an geringeren Sicherheitsvorkehrungen, die angesichts der Befristung von ihm verlangt werden. - Eine Genehmigung wird indessen erst erteilt, sei es befristet oder nicht, wenn die grundlegenden Mindestvoraussetzungen zur Gewähr der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erfüllt sind. Dafür gibt es nach dem jeweiligen Stand der Technik auf Erfahrung gründende Standards. Sie bilden ein Minimum, dessen Ebene freilich im Laufe der Entwicklung immer höher zum früheren Maximum hin verlagert wird. Dieses Minimum kann nicht unterschritten werden, ohne den heutigen Sicherheitsanforderungen zugleich nicht mehr zu genügen. Es im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren durch Auflagen zu steigern, bleibt unbenommen. Aber ein seinen Voraussetzungen gemäß zu genehmigendes Unternehmen wird sicher arbeiten, auch ohne Auflagen. Sie dürfen deshalb nicht durch eine Befristung ersetzt werden. Die behördliche Kontrolle und Überwachung genügen zur Gewährleistung fortbestehender Sicherheit vollauf.

Die Befristung ist somit zum Schutze wichtiger Gemeinschaftsgüter im Bereiche des Gelegenheitsluftverkehrs nicht zu rechtfertigen. Das Prinzip der Vorrangigkeit vermag deshalb eine Beschränkung der Genehmigung durch Frist nicht zu tragen. Die bloße Möglichkeit der Befristung, die sich doch als eine suspensive, Rechtsverlust zu unbekannter Zeit ¹⁾ bedingende dem Bewerber darstellt, macht die Freiheitsbeschränkung zudem unberechenbar. Die Freiheitsvermutung kann überdies für den Gebrauch einer unbefristeten Erlaubnis keineswegs als widerlegt gelten.

Die Befristungsmöglichkeit des § 20 greift daher in den Kern des Grundrechts hinein. Der Bewerber steht ihr selbst bei optimaler Einsichtsfähigkeit eines rechtsstaatlich verantwortungsbewußten Bürgers hilflos gegenüber. Das aber ist gerade die Situation, in der Art. 19 Abs. 2 GG Schutz gewährt. Insoweit bedarf § 20 also einer Einschränkung. Die Befristung müßte als verfassungswidrig ²⁾ und damit als nichtiger Bestandteil der Norm gestrichen werden. Nach den vorangegangenen Überlegungen ist davon auszugehen, daß die Auflage ein hinreichend handliches Instrument zur Wahrung und Förderung der gemeinschaftsnotwendigen Belange darstellt und nicht der Ergänzung durch eine Befristung bedarf. Wird diese Möglichkeit einer Frist aus der Norm ausgeklammert, so ändert sich die ratio legis nicht; weder wird das Eingriffsinstrumentarium mit lähmenden Folgen verringert, noch wird mit solcher Begrenzung des gesetzgeberischen Willens das Ziel des Gesetzgebers "in einem wesentlichen Punkte verfehlt oder verfälscht" ³⁾. Auf die Leichtigkeit automatischen Erlöschens der Genehmigung durch Fristablauf im

1) vgl. Wolff I § 37 III d 2.

2) v. Mang. - Klein Art. 19 V 7 d.

3) BVerfG Beschl. v. 11. 6. 1958 NJW 58 II 1227.

Vergleich zur notwendigen Aktivität des Widerrufs mit der möglichen Folge der Anfechtbarkeit und Beweislast der Behörde darf es nicht ankommen. Bei Beachtung der durch Art. 19 Abs. 2 GG gesetzten Schranken hätte allein die Auflage in die Norm aufgenommen werden dürfen. Der Gesetzeszweck würde dadurch nicht verletzt.

Aus der Vermutung zugunsten des Gesetzgebers hat das Bundesverfassungsgericht¹⁾ den Grundsatz entwickelt, ein Gesetz dann nicht für nichtig zu erklären, wenn es im Einklang mit der Verfassung ausgelegt werden kann (verfassungskonforme Auslegung). Der allgemeine rechtliche Gehalt des Prinzips kommt darin zum Ausdruck, ein Gesetz in seinem Bestand möglichst zu erhalten; ein Rechtsgedanke, der seinen gesetzlichen Niederschlag in der zivilrechtlichen Vorschrift des § 139 BGB gefunden hat; ein Rechtsgeschäft ist dann nicht nichtig, wenn zwar ein Teil nichtig ist, man es aber bei Kenntnis dessen ohne diesen Teil dennoch vorgenommen haben würde. Dieser Gedanke der Teilnichtigkeit unter Aufrechterhaltung des Restes muß auch für die Normeninterpretation Anwendung finden; Auch wenn nur Teile einer Norm mit dem Grundgesetz nicht vereinbar und daher nichtig sind, ist die Norm unter Beachtung des Gesetzeszweckes möglichst weit aufrecht zu erhalten.

Ohne Verletzung des Gesetzeszweckes kann daher, wie oben dargelegt, der um die Befristung kupierte Normenteil unbeeinträchtigt und mit voller Wirksamkeit fortbestehen.

§ 4

NEBENBESTIMMUNGEN DES § 22 LuftVG

Diese Nebenbestimmungen der Genehmigung sind grundsätzlich zulässig, weil sie in § 22 eine gesetzliche Grundlage finden. Damit steht noch völlig offen, ob sie auch im Sinne der von § 22 verfolgten Ziele als zulässig gelten dürfen und welcher Art insbesondere Bedingungen und Beförderungsuntersagungen zu sein haben.

Für den Gelegenheitsluftverkehr bleibt es bei einer nach § 20 erforderlichen und erteilten Genehmigung. Eine weitere Erlaubnis, wie z. B. für den Linienverkehr gemäß § 21, ist nicht vorgeschrieben und darf deshalb auch nicht erteilt werden, um das Ziel des § 22 zu erreichen zu suchen. Anders gewendet; alle Nebenregelungen im Sinne des § 22 dürfen weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit einer

1) Beschl. v. 7. 5. 53 in E 2/266 f., 282.

zweiten besonderen - auch konkludent nicht beantragbaren und schon deshalb unzulässigen - Genehmigung gleichkommen oder eine solche darstellen. Umgekehrt regelt § 20 die Versagungsgründe erschöpfend, so daß aus den Gründen des § 22 eine Genehmigung nicht versagt werden kann ¹⁾.

"Nur wenn Mißbräuche festgestellt werden, die die öffentlichen Verkehrsinteressen nachhaltig beeinträchtigen, können ihm (soll. Gelegenheitsverkehr) angemessene Bedingungen und Auflagen gemacht werden, um die festgestellten Mißbräuche zu beseitigen" ²⁾.

Hieraus haben Darsow ³⁾ und Meyer ⁴⁾ den Schluß gezogen, die Vorschrift solle im wesentlichen das Gebiet des Linienverkehrs vor einem Übergriff des Gelegenheitsverkehrs schützen. - Daraus erhellt, daß es sich nicht um eine Zulassungsvorschrift handelt, sondern um eine Ausübungsregelung. § 20 macht nicht "alle gewerbsmäßigen Beförderungen . . . genehmigungspflichtig" ⁵⁾. Gegenstand der Genehmigung ist vielmehr allein das Unternehmen des Gelegenheitsverkehrs (§ 20 Abs. 1 S. 1). Wenn Beförderungen untersagt werden, so wird damit lediglich und in der Regel nachträglich (s. Anm. 2) der Betriebsumfang in einem bestimmten Bereich eingeschränkt, nicht aber handelt es sich um die Versagung einer nicht erforderlichen und auch nicht möglichen Genehmigung für diese Beförderungen. Wenn auch im Einzelfall u. U. schon mit Erteilung der Genehmigung einzelne Beförderungen untersagt werden sollten, so wird diese Voraussetzung damit noch nicht zu einer "objektiven Zulassungsvoraussetzung". Die Berufsaufnahme wird durch § 20 von der Erfüllung ganz anderer Tatbestände abhängig gemacht ⁶⁾. - Daß solcher vorgenannter Schutz nötig ist, erhellen die bekannten Kollisionen im Bereich des Landverkehrs zwischen Schiene und Straße einerseits, zwischen dem Gelegenheitsverkehr mit Omnibussen und dem entsprechenden Linienverkehr andererseits. Indessen zeigt sich hier wieder die recht große Gefahr unlauterer Motive, i. e. Bedürfnisprüfung ⁷⁾. Zwar ist die Bedürfnisprüfung als

1) Graumann S. 148²² gegen Gimbel S. 19², bestätigt durch Abraham, Bd. II, Anm. 2 zu § 22.

2) so die Begründung im schriftl. Bericht des Abgeordn. HOHNE (23. Aussch.) über den v. d. B.-Regierung eingebrachten Entw. eines Gesetzes zur Änderg. des LuftVG v. 24. 6. 1968, Btdragsdrucks. 3. WP Nr. 478; die insoweit unttl. Begründg. betr. den § 11 a 1 des Entw., der seinem Wortlaut nach bereits völlig dem § 22 entsprach.

3) in ZLR 59/84.

4) schon 1964 (ZLR 64/248), wohl mit dem Hinweis auf Art. 3 Abs. 2 ICAO-Abk. ursächlich für diese Begründung.

5) im Gegensatz zur Ansicht Gimbels S. 19 Anm. 6.

6) Graumann S. 1488¹ gegen Gimbel S. 19² und 20².

7) darauf weist zuletzt noch eindringlich das BVerfG Beschl. vom 8. 6. 1968 PersV. 60/161 hin; auch Abraham, Bd. II, Anm. 2 zu § 22 weist auf diese Gefahr hin.

gesetzlich vorgezeichnet mit § 11 Abs. 2 S. 1 als ersatzlos gestrichen worden¹⁾. Doch wurden sofort nach Inkrafttreten des Gesetzes, ja schon nachdem sich die Stoffrichtung der Entwurfsklar abzeichnete²⁾, zum Teil offizielle Meinungen³⁾ geäußert, die Bedürfnisprüfung entfalle zwar, werde aber durch die neue Vorschrift des § 22 abgelöst. Der Sinn solcher Worte wird nicht klar; er kann aber gerade von den entsprechend angewiesenen Verwaltungsbehörden dahin verstanden werden, praktisch doch eine Bedürfnisprüfung anzustellen, wenn auch nicht unter diesem, sondern dem neuen Titel des § 22⁴⁾. Eine derartige mit Art. 12 GG unvereinbare Auffassung wird durch den Generalbegriff der "öffentlichen Verkehrsinteressen" in Verbindung mit einer "nachhaltigen Beeinträchtigung" weitgehend unterstützt. Nur durch eine Klärung des Begriffs ist hier weiterzukommen.

- 1) Im Sinne der verfassungskonform auslegenden Rspr. des BVerfG.
- 2) z.B. von Darsow in Bulletin S. 638.
- 3) so laut Schreiben des Bdm. f. Verk. an die Verkehrsminister der Länder vom 19.2.1959, L 3-311-3-37 Vm/59.
- 4) es besteht keinerlei Grund und Anlaß, die Bedürfnisregelung der USA zu übernehmen oder auch nur allschweigend anzunehmen; vgl. hierzu: Federal Aviation Act of 1958, Title IV (Air Carrier Economic Regulation) Section 401:
 - a) No air-carrier shall engage in any air transportation unless there is in force a certificate issued by the Board authorizing such air carrier to engage in such transportation.
 -
 - d) (1) The Board shall issue a certificate authorizing the whole or any part of the transportation covered by the applicant is fit, willing, and able to perform such transportation properly, and to conform to the provisions of this Act and the rules, regulations, and requirements of the Board hereunder, and that such transportation is required by the public convenience and necessity; otherwise such application shall be denied.
 - (2) ... (dasselbe gilt für "temporary air transportation").

Im: Public Law 85-726, 85th Congress, S. 3880, Aug. 28, 1958.

1. "ÖFFENTLICHE VERKEHRSINTERESSEN" UND GELEGENHEITSLUFTVERKEHR

Eine Definition gibt es bisher nicht. Sie wird es aus bestimmten Gründen auch nicht geben. Müller ¹⁾ sieht darin "das Interesse der Allgemeinheit an einem geordneten Verkehrswesen", sagt aber nicht, wer dieses Interesse wie feststellen und was ein "geordnetes Verkehrswesen" sein soll. Auch das BVerfG ²⁾ hat den Begriff nicht weiter zu erleuchten vermocht.

Ebenso wenig klar ist der Inhalt des § 8 PBefG, der beinahe wörtlich mit der amtlichen Begründung zu § 11 Abs. 3 des EntwLuftVG vom 20. 12. 1957 ³⁾ übereinstimmt. Laut dieser Begründung

"muß mit dem Ziel bester Förderung des gesamten Verkehrs der Verkehrsfluß innerhalb der Bundesrepublik und im Verhältnis zum Ausland aufeinander abgestimmt werden. Es ist darauf hinzuwirken, daß neuer Luftverkehr nur dann zugelassen wird, wenn er sich im Rahmen des allgemeinen Verkehrsflusses hält, die Interessen der Verkehrsteilnehmer berücksichtigt und die öffentlichen Interessen am öffentlichen Verkehr nicht beeinträchtigt".

Neben aller Unklarheit und Allgemeinheit der termini ist zu berücksichtigen, daß diese Begründung vornehmlich auf Linienverkehr und den linienähnlichen Verkehr (Ausflugs- und Trampverkehr, so § 11 Abs. 3 des EntwLuftVG vom 20. 12. 1957) abstellt; hingegen hat der 23. Ausschuß des Bundestages ⁴⁾, der den damaligen Entwurf auf die heute gültige Fassung brachte, es an einer weiteren Begründung hierfür fehlen lassen. Damit ist also auch der Mietflugzeug- und Lufttaxiverkehr (der gesamte Gelegenheitsluftverkehr) betroffen; die nur auf Linieninteressen gestützte vorherige Begründung ist insoweit überholt.

Der Begriff der "öffentlichen Verkehrsinteressen" hat sich bisher als nicht faßbar erwiesen ⁵⁾: Man benutzt ihn, ohne seine allgemeine Aussagekraft konkret zu

1) 3 zu § 9 PBefG.

2) Beschl. v. 8. 6. 1960 PersV 60/156; Külz, S. 198/199, sieht die "öffentlichen Interessen" als eine untere Stufe zum "Wohl der Allgemeinheit" an, vermag aber auch nicht in ihr unsicheres Wesen einzudringen.

3) Bdtagsdrucks. 3. WP Nr. 100.

4) vgl. Bdtagsdrucks. 3. WP Nr. 478, zu § 11 a 1.

5) deshalb lehnen Loppuch S. 380 und Naumann S. 432² (wohl auch Ehmke grundsätzlich S. 47) die Aufnahme dieses Begriffs in eine gesetzliche Vorschrift nachdrücklich ab; im Ergebnis auch Warncke S. 66/67 und Gimbel S. 20² und 21¹; vgl. auch Hamann: Das Grundgesetz, 2. Aufl. 1961, B 5 b zu Art. 12.

kennen. Man interpretiert ihn von Fall zu Fall verschieden ¹⁾. Im Gesamtbild des § 22 bedarf er deshalb einer inhaltlichen Fixierung.

Man könnte daran denken, vorhandenen Linienverkehr vor echter, letztlich ruinöser Konkurrenz zu schützen ²⁾. Der Konkurrenzschutz als solcher ist grundsätzlich nicht Aufgabe unseres Staatswesens. Die Allgemeinheit erhebt jedoch einen berechtigten Anspruch auf den Fortbestand eines reibungslosen Linienverkehrs. Zureichende Verkehrsverbindungen können als überragend wichtiges Gemeinschaftsgut gewertet werden, zu dessen Schutz auch objektive Zulassungsvoraussetzungen vertretbar erscheinen ³⁾. Letztlich läuft dies auf einen Schutz der "Deutschen Lufthansa" hinaus, die zwar in der Form einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft arbeitet; ihre Anteile lagen jedoch schon bei der Gründung zu 75% in der Hand des Bundes, und sie bedarf laufend weiterer Subventionen ⁴⁾. Da die DLH zumindest auf den wirtschaftlich wichtigen Routen ein faktisches Monopol inne hat ⁵⁾, stellt sie unter nur wenigen ungleichen anderen den zu schützenden Linienverkehr dar ⁶⁾. "Die Freiheit der Berufsausübung darf nur insoweit durch eine gesetzliche Regelung beschränkt werden, als vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls dies zweckmäßig erscheinen lassen" ⁷⁾.

Vorhandenem Linienverkehr kann aber nur ein Linienverkehr echte Konkurrenz bieten. Seine Genehmigung steht im Rahmen dieser Arbeit nicht in Rede ⁸⁾.

Gerade alle hervorstechenden Merkmale des Linienverkehrs, wie Beförderungspflicht, Tarifbindung, fester Flugzeitplan, die einen Linienverkehr anderen Linien gegen-

-
- 1) gleichwohl mißt das BVerwG Urt. v. 1. 4. 60 DVBl 60/600 der Behörde zur Prüfung der öffentl. Verkehrsinteressen koordinierende Bedeutung bei.
 - 2) insoweit allein ist Fromm DVBl 62/470 zuzustimmen, wenn er den öffentlichen Verkehrsinteressen "Gesichtspunkte verkehrspolitischer und verkehrswirtschaftlicher Planung" zuordnet; aber auch er stellt nur auf den Linienverkehr ab.
 - 3) so auch Rinck S. 4 und Gimbel S. 21 Anm. 28.
 - 4) vgl. Handbuch AG S. 3489.
 - 5) Fleiner S. 37.
 - 6) Ähnlich lag es beim Verbot der Mitfahrerzentralen, §§ 1 Abs. 2 Nr. 1, 2 Abs. 1, 46 Abs. 2, 60 Abs. 1 PBefG, welches das BVerfG mit Beschl. v. 7. 4. 1964 NJW 64/1219 ff als mit dem GG unvereinbar für nichtig erklärt hat: "... damit liegt die Annahme nahe, daß das Verbot ... zum Schutze der öffentlichen Verkehrsträger, namentlich der Deutschen Bundesbahn, erlassen worden ist" (S. 1221).
 - 7) so das BVerwG Urt. v. 12. 3. 1965 NJW 65/1244 (1245) im Gefolge des BVerfG.
 - 8) siehe insoweit § 21; vgl. Rinck S. 4.

über als ungemein anfällig gegen jeden äußeren Druck gestalten, fehlen aber beim gesamten Gelegenheitsverkehr ¹⁾. Nicht nur Miet- und Lufttaxiverkehr ²⁾ vermögen ihrer völlig anders strukturierten Natur nach ³⁾ einem Linienverkehr keine Konkurrenz zu bieten. Das Gleiche gilt auch für den in reiner Form durchgeführten Tramp- ⁴⁾ und Ausflugsverkehr. Beide bedienen besondere vom Linienverkehr völlig verschiedene, individuell erfüllbare Kundenwünsche = "Luxusbedürfnisse" - insbesondere gilt dies fraglos für den Ausflugsverkehr und den organisierten Charterflug der großen Ferien-Reiseunternehmen. Zwar zeigt gerade letzterer ein erstaunlich hohes Passagieraufkommen. Doch liegt darin keine ernsthafte Konkurrenz und Beeinträchtigung des Linienverkehrs. Diese Passagiere würden den teuren Liniendienst nicht in Anspruch nehmen. Sie bedienen sich lediglich des pauschalen billigen Angebots. In erster Linie werden damit dem Flugverkehr neue Passagiergruppen erschlossen, nicht aber Linienverkehr und damit öffentliche Verkehrsinteressen nachhaltig beeinträchtigt. - Doch auch der Trampverkehr ist mit einer Linienbeförderung gerade im Luftverkehr nicht zu vergleichen. Allein aus dem Mangel an bestimmten zeitlichen Bindungen folgt hier im Gegensatz etwa zum Schiffstransport eine starke Unterlegenheit. Erfahrungsgemäß werden nur besonders rasch zu befördernde und deshalb zeitlicher Bindung - an Abflug- und Ankunftszeit - bedürftige Güter der teuren Luftfracht anvertraut. Es mag sein, daß bei vielseitigen Trampverbindungen eine Verbilligung der Frachten eintrete und auch andere Güter alsdann via Luft transportiert werden würden. Das aber wäre ein alleiniges Verdienst des Trampverkehrs und bedeutete insoweit nicht eine Konkurrenz für den Linienverkehr.

Mit diesen Erwägungen wird der gesamte Gelegenheitsluftverkehr erfaßt, soweit er in seinen verschiedenen Modifikationen in reiner Form durchgeführt wird. Diese Einschränkung muß man jedoch berücksichtigen, da es auch linienähnliche Gelegenheitsverkehrsarten gibt: Tramp- und Ausflugsverkehr, in der Luftfahrt besonders den Bedarfsverkehr zu festen Flugzeiten. Sie weisen eine charakteristi-

-
- 1) so geht bereits das BVerfG Beschl. v. 8. 6. 60 davon aus, daß schon beim Gelegenheitsverkehr mit Droschken Gesichtspunkte wirtschafts- und verkehrspolitischer Planung und Gestaltung mit Rücksicht auf die Freiheit des einzelnen Unternehmers zurücktreten müssen. Es scheint, als spiele das BVerfG hiermit auch auf den vom GG mit erfaßten - i. d. Praxis allzu oft beschnittenen - "freien (wenn auch sozialen) Leistungswettbewerb" an.
 - 2) dem abweichend vom Landtaxi - Droschkenverkehr keine Tarif- und Beförderungspflicht obliegt, der vielmehr reiner Anforderungsverkehr ist.
 - 3) vgl. BVerfG aaO zum Beispiel des Mietwagenverkehrs.
 - 4) siehe oben; nur Waren- und Güterverkehr.

sche Eigenart auf: sie stehen dem Linienverkehr so nahe, daß ein unbemerkter Übergang zu ihm kaum kontrollierbar ist. Wenn diese Verkehrsarten dazu übergehen, de facto einen Liniendienst zu unterhalten, kann damit bestehendes unter den Voraussetzungen des § 21 genehmigten und geschützten Linienunternehmens in ihrem Verkehrsbereich, auf ihren Linienstrecken erhebliche Konkurrenz geboten werden.

Aus reinem Gelegenheitsverkehr kann seiner Natur nach dem Linienverkehr keine ernsthafte Konkurrenz im Sinne eines ruinösen Wettbewerbs erwachsen. Er kann damit das öffentliche Interesse am ungestörten Fortbestand eines geordneten Verkehrswesens im Sinne des Linienverkehrs nicht trüben ¹⁾. Er ist mithin aus entsprechend beschränkenden Regelungen auszuklammern.

Eine "nachhaltige Beeinträchtigung" findet also grundsätzlich nicht statt. Im übrigen sind auch gegen diese Umschreibung Bedenken anzumelden ²⁾. Denn wer könnte objektiv feststellen, wo oder mit der wievielten Genehmigung eine Beeinträchtigung des Linienverkehrs beginnt, der gesteuert werden mußte ³⁾. Was "nachhaltig" beeinträchtigt, ist ohnehin vor Erteilung der Erlaubnis nicht feststellbar; und für die Zeit nachher kann gerade gegen den Gelegenheitsluftverkehr von "nachhaltig" keine Rede sein. Eine normale Beeinträchtigung ist mithin nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht schädlich, da nur die "nachhaltige" Störung gebremst werden soll. Will man aber "nachhaltig" im Sinne von "dauernd" verstehen, so vermag nur ein Linienverkehr nachhaltig zu beeinträchtigen. Hier kann § 21 Abs. 1 S. 4 nur helfen, wenn von vornherein ein Linienverkehr arbeitet. Soweit aber ein Gelegenheitsluftverkehr faktischen Liniendienst betreibt, entfällt diese Möglichkeit. In dem Fall und für den in solcher Weise begrenzten Bereich gewinnt die Vorschrift des § 22 einen besonderen Sinn. Der Begriff der "nachhaltig-

1) aa Rinck, Tagungsbericht WGL in ZLR 54/152, ohne Begründung für seine Ansicht; im übrigen stellt er auf das bloße öffentliche Interesse ab, wenn er die Subventionierung des Linienverkehrs anführt - er meint also nicht das öffentliche Verkehrsinteresse; ebenso Rinck S. 6 unter Gleichsetzen des "öffentlichen Interesses in § 21 mit dem "öffentlichen Verkehrsinteresse" des § 22; ersteres ist aber als Generalbegriff zum wesentlich engeren zweiten anzusehen.

2) das tut auch Heinze S. 806², wenn er ausführt: "Ob die "höchstmögliche Wirtschaftlichkeit" ... des gesamten Lin.-Verk. ein genauso schutzwürdiges Rechtsgut ist wie die der DB, bleibt offen; es besteht ein Gradunterschied zwischen Schutz vor jeder Beeinträchtigung und Sicherung des verläßlichen und dauerhaften Funktionierens."

3) vgl. zu den Schwierigkeiten der Bezifferung BVerwG NJW 64/71.

gen Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsinteressen" ist insoweit einer zutreffenden, den Normzweck respektierenden Auslegung zugänglich.

Für diesen Kreis der konkurrenzfähigen Verkehrsarten sind Regulierungsmaßnahmen bestimmter Art auf dem Boden einer Ausübungsregelung unter Umständen zu rechtfertigen,

Da der Gelegenheitsluftverkehr seiner Natur nach den Verkehr zu Lande in Europa nur völlig unbedeutend ¹⁾ und den Verkehr auf dem Wasser eigentlich nur auf den Überseerouten zu treffen vermag, wäre möglicherweise ein öffentliches Interesse am vorhandenen Gelegenheitsverkehr als schutzwürdig zu erwägen. Indessen würde damit ein unmittelbarer Konkurrenzschutz auf privater Ebene gepflegt, der niemals Zweck einer derartigen Regelung sein darf und auch als Nebenwirkung zu vermeiden ist ²⁾. Die Gemeinschaft hat kein Interesse daran, bestimmte Unternehmen am Leben zu erhalten, zumal wenn Emporkömmlinge Gleiches oder Besseres leisten.

Insoweit muß der freie Wettbewerb nicht nur im Rahmen der Zulassungsvorschriften, sondern auch innerhalb der an sich zulässigen gesetzlichen Ausübungsregelungen respektiert werden ³⁾

- 1) des engmaschigen, überaus gut bedienten Verkehrsnetzes wegen; soweit ein Zubringer-Gelegenheitsluftverkehr möglicherweise der Deutschen Bundesbahn Konkurrenz bieten können sollte, darf dies nicht zu Maßnahmen nach § 22 führen. Denn die Beeinträchtigung wäre im Verhältnis zum ständig stark zunehmenden privaten Autobahnverkehr parallel zur Schiene nahezu unmeßbar gering. Niemand aber denkt bis heute ernstlich daran, zum Schutz der DB und damit öffentlicher Verkehrsinteressen die schienenparallelen Autobahnen od. sonstigen Fernstraßen zu sperren.
- 2) vgl. BVerfG aaO; Czernak NJW 63/527 anerkennt denn auch die Parallelvorschrift des § 13 Abs. 3 PBefG "nur als eine einem Notstandsgesetz ähnliche Vorsorgebestimmung, die unter normalen Marktverhältnissen keine reale Bedeutung hat.
- 3) vgl. für den Bereich der Pers.-Bef. zu Lande VG Berlin Urt. v. 29.11.61 NJW 62/1835 f (1836²); und BVerfG v. 8. 6. 60 PersV 60/161²; " .. das Ermessen der Verwaltung wird bei dieser Form des Gelegenheitsverkehrs (scil. nicht Droschkenverkehr) eingeengt durch die Rücksicht auf die Freiheit des einzelnen Unternehmers .. "; im übrigen auch VG Berlin aaO, das den "frischen Wind einer freieren Konkurrenz" hoch einschätzt. - Insoweit weicht auch § 13 Abs. 3 PBefG von § 22 LuftVG grundlegend ab - vgl. aber Rinck S. 5; denn in § 13 Abs. 3 PBefG hat der Gesetzgeber selbst den Gemeinschaftswert des öffentlichen Verkehrsinteresses am Taxiverkehr zum schutzwürdigen wichtigen Gemeinschaftsinteresse erhoben (i. S. d. Handw. - Entsch. d. BVerfG NJW 61/2011 ff) - vgl. auch BVerwG v. 28. 6. 63 NJW 64/71 ff; in § 22 fehlt es daran offensichtlich - im Gegensatz zu § 21 LuftVG (Abs. 1 S. 4).

Mit einem allgemeinen Konkurrenzschutz ist der Begriff der öffentlichen Verkehrsinteressen also nicht auszufüllen. Er ist einzuschränken auf den Schutz vorhandenen Linienverkehrs vor Übergriffen aus den besonderen Formen des Gelegenheitsverkehrsgewerbes.

Die oben S. 90 angeführte Begründung des Entwurfs stellt im übrigen auf Sicherheitsgesichtspunkte ab. Danach verstößt es als sicherheitsgefährdend gegen die öffentlichen Interessen, wenn Luftfahrtunternehmen z. B. aus Konkurrenzgründen "ihre Besatzungen und Flugzeuge zwar noch im Rahmen der allgemeinen Sicherheitsvorschriften, jedoch ständig bis zu deren äußerster Grenze ausnutzen". Hierzu mag folgende Überlegung genügen: § 22 ist vollkommen ungeeignet, über konkrete Sicherheitsvorschriften hinaus, die noch dazu gerade die Sicherheit des gesamten Luftverkehrs und damit auch die öffentliche Sicherheit wahren und garantieren sollen, eine weitere allgemeine, inhaltlich kaum bestimmbar Sicherheitsvorschrift abzugeben. § 22 vermag auch keine Regelung dahin zu treffen, daß Sicherheitsvorschriften, die über ihren gesamten Regelungsbereich hin Sicherheit gewährleisten sollen, ad hoc nur noch in einem weit engeren Gebiet gelten dürfen. Sollte der Gesetzgeber dennoch von dieser Ansicht ausgehen, so würde er zugleich den von den Sicherheitsvorschriften als sicher vorausgesetzten und anerkannten Betätigungsbereich als zu weit und damit die Sicherheitsvorschriften selbst als unzureichend hinstellen. Mithin wäre der Luftverkehr erkanntermaßen trotz Zulassungsvoraussetzungen unsicher und dürfte generell nicht mehr betrieben werden. Wer sich im Rahmen der sicherheitlichen Bestimmungen bewegt, kann die öffentliche Sicherheit nicht gefährden - auch wenn der Rahmen bis zum äußersten ausgenützt wird.

Soweit eine Übersetzung des Gewerbebezuges Gefahren für die öffentliche Sicherheit erkennbar mit sich bringen würde, dürfte der Staat durch Aberkennung eines Bedürfnisses zur Wahrung der Sicherheit als eines besonders wichtigen Gemeinwohlsgutes als äußerste Möglichkeit im Sinne der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Stufentheorie beschränkend eingreifen. Dieser Gesichtspunkt wird jedoch mit dem engen Begriff der öffentlichen Verkehrsinteressen erkennbar nicht angesprochen. Etwas anderes gälte für den Begriff der Wahrung allgemeiner öffentlicher Interessen; er findet sich z. B. in § 21 Abs. 1. Ihm unterfiele auch der Schutz der wirtschaftlichen Sicherheit bestehender Unternehmen im Sinne der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und als dessen Folge der Schutz der öffentlichen Sicherheit ganz allgemein¹⁾. - Die Gesichtspunkte der öffentlichen Sicherheit aber werden erschöpfend nach den §§ 20, 31 Abs. 4 geprüft. Für eine Sicherheitsprüfung außerhalb dieser Vorschriften ist daher kein Raum mehr. Dies umso mehr, als § 20 den Widerruf der Genehmigung vorbehält, wenn Tatsachen

1) Benkendorff S. 145.

die Annahme rechtfertigen, daß öffentliche Sicherheit oder Ordnung gefährdet werden¹⁾. Im übrigen betrifft § 20 gerade die Verkehrssicherheit, so daß für den Schutz der Verkehrsinteressen gemäß § 22 ohnehin nichts übrig bliebe, wenn er die Verkehrssicherheit mit umfaßte²⁾. "Öffentliche Interessen" (so § 21 Abs. 1) und "öffentliche Verkehrsinteressen" (so § 22) sind nicht synonym verwendbar; letztere sind als wesentlich engere Sonderform aus jenen ausgegliedert und unterliegen eigenen spezifischen Merkmalen. Eine Überbesetzung des Gelegenheitsverkehrsgewerbes hätte demnach angesichts der §§ 20 und 31 Abs. 4 in Verbindung mit der ohnehin notwendigen dauernden Beaufsichtigung keinen im Sinne des § 22 beeinträchtigenden Charakter; öffentliche Verkehrsinteressen würden dadurch nicht betroffen - eher trifft das Gegenteil zu;³⁾ vor allem müßte es gänzlich im Ermessen der zuständigen Behörde liegen, die Grenzen für eine Besetzung und den Beginn einer Überbesetzung des Gewerbes festzustellen. Denn objektiv⁴⁾ läßt sich nicht sagen, wann die Zulassung eines Unternehmens zu einer Überbesetzung des Gewerbes führt, als deren Folge mit Maßnahmen gemäß § 22 einzugreifen wäre⁵⁾. Für ein Ermessen ist hier kein Raum, da es sich aner-

- 1) die ferne Möglichkeit der Gefährdung reicht aber für den Widerruf nicht aus; vgl. Württ. VGH Urt. v. 13. 12. 51 VRspr. Bd. 4 Nr. 101 S. 492; erforderlich ist die Erkennbarkeit einer Gefährdung aus derartigen Tatsachen, z. B. erheblich abnehmende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit infolge scharfer Konkurrenz.
- 2) So gehört es z. B. in eine Auflage nach § 20 - und nicht nach § 22 -, einem Gelegenheitsverkehrsunternehmen den Verkehr in einem bestimmten Gebiet wegen andernfalls zu hoher Lärmbelästigung zu untersagen. Allein unter § 20 fällt auch die Sicherung des engeren Einfluggebietes um einen Verkehrsflughafen. Überhaupt kann unter diesen - rein sicherheitlichen - Gesichtspunkten der Gelegenheitsluftverkehr in solchen Lufträumen, die durch Linienluftverkehr weitgehend ausgelastet sind (Luftstraßen) eingeschränkt oder verboten werden (in bestimmten Höhen, Instrumenten- oder Sichtflüge, gewisse Geschwindigkeiten etc.).
- 3) vgl. im übrigen zu den Folgen der Überbesetzung i. S. d. Rentabilität des einzelnen Unternehmens Württ. VGH aaO S. 491.
- 4) i. S. d. Rechtsprechung, die die öffentl. Verk. -Inter. als unbestimmten Rechtsbegriff versteht; vgl. BVerfG Beschl. v. 8. 6. 60 aaO; BVerwGE 4/89.
- 5) Bestätigt wird diese These durch eine Notiz i. d. FAZ 1964 Nr. 194 v. 22. 8. 64, S. 7 Sp. 2 oben "Die Ruingrenze": angesprochen ist § 13 Abs. 3 PBefG; die Ruingrenze für München liegt danach bei 645 Einwohner/Taxi, in Stuttgart schon bei 1455 Einwohner/Taxi (vgl. Berichtigung in FAZ Nr. 196 v. 25. 8. 64, S. 11 Sp. 5 unten).

kanntermaßen ¹⁾ um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt.

Soweit eine "Sicherstellung geordneter Verhältnisse im Verkehr" in Rede steht ²⁾, wird oft ³⁾ auf die Übersetzung und Überbeanspruchung des vorhandenen Verkehrsraumes hingewiesen, die den öffentlichen Verkehrsinteressen widerspreche. Pass ⁴⁾ beschwört in diesem Zusammenhang das Recht der Allgemeinheit auf höchstmögliche Sicherheit. - Aber auch dieser Gesichtspunkt rechtfertigt nicht die in § 22 aufgezählten Maßnahmen. Soweit die Sicherheit in Frage steht, ist sie vollauf durch entsprechende Nebenbestimmungen nach § 20 zu erhalten. Im übrigen ist die Beanspruchung des Luftraumes durch Gelegenheitsverkehrsflugzeuge verhältnismäßig gering. Denn das nicht unerhebliche Risiko eines Gelegenheitsluftverkehrsunternehmens schränkt die zahllose Menge der Bewerber erfolgreicher und stärker ein als etwa § 22 es vermöchte ⁵⁾. Die Maschinen des Gelegenheitsluftverkehrs sind in der Anzahl weit geringer als die ständig wachsende Zahl kleiner, mittlerer und zunehmend großer Privatflugzeuge. Sie bevölkern nicht nur den Luftraum und nicht allein die kleinen Stadt- und Sportflugplätze, sondern auch die großen Verkehrsflughäfen in reicher Zahl. Die relativ wenigen gewerlich genutzten Maschinen im Gelegenheitsverkehr fallen ihnen gegenüber nur noch unerheblich ins Gewicht. - Dieser Gesichtspunkt scheidet demnach ebenfalls aus. ⁶⁾

Die Vorschrift des § 22 ist sonach keine hinreichend tragfähige Basis für eine Bedürfnisprüfung im Sinne der Sicherheitsprüfung.

Aus der vorangegangenen Erörterung ergibt sich ein nur recht enger Aussagegehalt und Anwendungsbereich des Begriffs "Schutz der öffentlichen Verkehrsinteressen" in der Vorschrift des § 22. Er ist nur außerordentlich eingeschränkt und nur als

1) so das BVerfG aaO; die abweichende Ansicht Fromms DVBl 62/471 ist zumindest für § 22 LuftVG abzulehnen.

2) vgl. Wolf S. 437.

3) vgl. statt aller - hier beim Landverkehr - BVerwG Urt. v. 11.10.56 in E 4/92, dem folgend Urt. v. 13.12.56 DVBl 57/496.

4) S. 122.

5) ähnlich - in anderem Zusammenhang - spricht sich Warncke aus, S. 68; i. diesem Sinne auch BVerfG i. Apoth.-Urt. aaO S. 419; im Januar 1960 waren i. d. Bundesrepublik insgesamt 31 Luftfahrtunternehmen genehmigt, vgl. Btdagsdrucks. 3. WP Nr. 1534 S. 6.

6) Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß nach der Neufassung der §§ 43, 46, 48 PBefG im Jahre 1965 die einzelnen Gelegenheitsverkehrsrelationen nicht mehr wie vordem auf ihre Auswirkungen auf die öffentlichen Verkehrsinteressen überprüft werden (§ 13 Abs. 1 PBefG). Dies bestätigt nur die vorangegangenen Ausführungen.

Konkurrenzschutzklausel zugunsten vorhandenen Linienverkehrs gegenüber schädigenden Einflüssen aus konkurrenzfähigen Gelegenheitsverkehrsarten bestimmbar¹⁾. Der Begriff ist allein mit der Gewährleistung zureichender Verkehrsverbindungen als einem besonders schutzwerten Gemeinwohl zu identifizieren.

2. UNTERSAGUNG VON BEFÖRDERUNGEN; AUFLAGEN, BEDINGUNGEN

Als wirksamstes Mittel, faktischem Liniendienst der oben beschriebenen Art auch ohne Rücknahme der Genehmigung zu begegnen oder Strafmaßnahmen nach § 58 Abs. 1 Nr. 6 zu verhängen, darf die Möglichkeit angesehen werden, nachträglich einzelne Beförderungen zu untersagen²⁾.

Die Vorschrift des § 22 läßt jedoch als weitere Maßnahmen Bedingungen und Auflagen zu. - Soweit die Begründung des 23. Ausschusses von zu beseitigenden Mißbräuchen ausgeht, kann es sich lediglich um nachträgliche Kautelen und somit Ausübungsregelungen im Sinne des Art. 12 Abs. 2 S. 2 GG handeln³⁾.

Gegen nachträgliche Auflagen im Sinne des § 22 und zum Schutz des bezeichneten Gemeinwohlsgutes ist nach Maßgabe unserer Ausführungen an anderer Stelle⁴⁾ nichts einzuwenden.

Ob aber auch Bedingungen zu den zulässigen Regulierungsmaßnahmen zu rechnen sind, erscheint zweifelhaft. Denkbar wären sie allein in der Form der Wirksamkeitsbedingung⁵⁾. Sie könnten ihrem allgemeinen Gehalt nach die Genehmigung in ihrer Dauerwirkung nur von der Erfüllung bestimmter Pflichten abhängen lassen - d.h. den Linienverkehr nicht durch Linienverkehr zu konkurrenzieren. Nach Maßgabe des § 21 bedarf indessen der Fluglinienverkehr einer zusätzlichen "besonderen Genehmigung", § 21 Abs. 1 S. 1. Fehlt sie, muß ein Linienverkehr

1) vgl. Anm. 5 S. 92.

2) s.o. S. 90.

3) da ein Linienverkehr der Allgemeinheit und ihren prinzipiellen Verk. - Bedürfnissen dient, rechtfertigen insoweit "vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls" (BVerfG Urt. v. 29.11.61 NJW 62/99 und Urt. v. 21.2.62 NJW 62/579) eine Ausübungsregelung. Grenzen findet sie bei übermäßig belastenden und unzumutbaren Nebenbestimmungen; auch Bachof, Freiheit, S. 244/245.

4) Teil B, § 2.

5) vgl. H.R. Huber S. 5/6.

unterbunden werden. Dabei kann § 58 Abs. 1 Nr. 6 als Strafvorschrift helfen (Ordnungswidrigkeit). Eine Bedingung findet deshalb keinen Raum, ihre Wirksamkeit dem ihr eigenen Systemcharakter gemäß zu entfalten. Die Suspensivbedingung entbehrt hier schon begrifflich jeder Grundlage; die Resolutivbedingung würde das Wesen einer Strafe annehmen; sie müßte bei Bedingungseintritt nicht nur den offenen Mangel der besonderen Genehmigung nach § 21 augenscheinlich machen, sondern zugleich auch die für den Gelegenheits- wie auch für den Linienverkehr erforderliche allgemeine Genehmigung nach § 20 zerstören. Und das, obwohl ein Verstoß gegen diese Regelungen der §§ 20 und 21 Sinn und Zweck des § 20 nicht beeinträchtigen könnte.

Der Gesetzgeber ist zwar in seinem Ermessen weitreichend frei. Er kreuzt aber dort seine Schranken, wo die von ihm getroffene Regelung mit der Verfassung nicht mehr in Einklang steht. Eine Verbindungslinie zwischen Bedingungseintritt und der mit ihm ipso facto beseitigten generellen Genehmigung des Luftfahrtunternehmens kann nicht gezogen werden. Allein die Tatsache, daß - erstens - eine Sondergenehmigung für das Linienunternehmen erforderlich ist und - zweitens - ein Verstoß hiergegen mit Sanktionen bedroht ist (§ 58 Abs. 1 Nr. 6 und 7), läßt den sachlichen Grund für Bedingungen vermissen und schafft eine der Sach- und Rechtslage - subjektives öffentliches Recht - unangemessene übermäßige Belastung für den Rechtsinhaber ¹⁾. Es reicht aus, nachträglich von Anfang an vorbehalten und hinreichend bestimmbar Auflagen zu erteilen. Darüber hinaus ist es möglich ²⁾, einzelne einen Linienverkehr nachweislich erheblich schädigende Konkurrenzbeförderungen zu unterbinden. An den Nachweis freilich sind strenge Anforderungen zu stellen, um nicht den Linienverkehr auf Kosten reiner Gelegenheitsverkehrsbeförderungen zu begünstigen oder gar erst zu ermöglichen in Gebieten, in denen ein Linienverkehr sonst kaum rentabel wäre. Eine sofortige Beschränkung des Unternehmens auf ein bestimmtes Gebiet (so noch § 51 Abs. 1 EntwLuftVZO Jan. 61) ist deshalb abzulehnen; damit verstieße der Gesetzgeber gegen das Übermaßverbot ³⁾, wie es aus Art. 20 Abs. 3 GG abzuleiten ist.

Das oben herausgestellte schutzwerte Gemeingut bedarf keiner zusätzlichen Sicherung mit Hilfe einer Bedingung. Letztere darf als wirksame Waffe nur gegen ihrem einschneidenden Wesen entsprechende Ziele eingesetzt werden. Wenn eine Bedingung auch berechenbare Folgen mit sich bringt, ihre bloße gesetzliche Zulässigkeit die zu erwartende Einschränkung des Anspruchs auf Genehmigung bis zu

1) ähnlich Zippelius S. 354.

2) und es erscheint der feinen Dosierbarkeit der Eingriffe halber auch sinnvoll, diese Möglichkeit beizubehalten; Graumann S. 1488²⁾.

3) Lerche: Übermaß und Verfassungsrecht, 1961.

gewissem Grade berechenbar gestaltet und im System einer grundsätzlich freien Wirtschaft ¹⁾ sogar von einer "widerlegten Freiheitsvermutung" gesprochen werden kann, soweit in Konkurrenzinteressen eingebrochen wird, so ist die Bedingung in § 22 doch als ein zu scharfer Eingriff schon auf der Stufe der Ausübungsregelung als den Wesensgehalt des Freiheitsrechts berührend abzulehnen ²⁾.

Das Maß einer möglichen Störung steht noch nicht von vornherein fest; eine Beschränkung im Sinne des § 51 Abs. 1 EntwLuftVZO Jan. 61 fehlt jetzt auch in § 63 LuftVZO. Es geht nicht an, den Gelegenheitsverkehr als Wegbereiter für einen Liniendienst auszunützen und seinen Kundenstamm dann unter Ausschluß des Gelegenheitsverkehrs auf den neu zu errichtenden Linienverkehr zu übertragen.

3. § 22 DE LEGE FERENDA

Aus allen diesen Ausführungen erhellt, wie § 22 eine Art verkappter Bedürfnisprüfung ermöglicht ³⁾. Hierbei fällt sein Wesen als Kann-Vorschrift besonders ins Gewicht. Auf diese Weise steht es der Behörde, zwar in sachlichen Grenzen

1) BVerfG Urt. v. 27.1.65 NJW 65/436² und Wolff I § 33 V b 15 a. E.

2) "Wenn nicht zu erweisen ist, daß ohne einen gesetzgeberischen Eingriff Gefahren für das öffentliche Wohl, die öffentliche Gesundheit, die Verkehrssicherheit entstehen, so entscheidet die Maxime in dubio pro libertate, die Vermutung, daß die einzelnen sich spontan, ohne Zwang so verhalten, daß die Möglichkeit des friedlichen Zusammenlebens nicht gefährdet wird" (P. Schneider, I. d. pro lib. S. 288). "Alle gesetzgeberischen Überlegungen zum Tatsächlichen, für welche zunächst die Vermutung der Richtigkeit spricht" (in dubio pro auctoritate legislatoris), "müssen in summa als geeignet erscheinen, die Vermutung zugunsten der Freiheit zu widerlegen" (aaO S. 289). Daß für den Einbruch in Konkurrenzinteressen die Freiheitsvermutung nicht auch im verfassungsrechtlichen Sinne als widerlegt gelten darf, bedarf hier keines weiteren Sondierens.

3) Über, S. 174, will ebenfalls aus diesem Grunde den Begriff "öffentliche Verkehrsinteressen" gestrichen wissen; er weist mit Recht darauf hin, "daß derart bequeme termini technici . . nicht wieder gefunden werden können", zumal die Beifügung des Wortes "Verkehr" die ursprüngliche Bedeutung unmittelbaren u. ausschließlichen Schutzes wirtschaftlicher Interessen nur verschleiert, aber nicht auszurotten vermag. Vgl. i. übrig. Graumann S. 1488² in Übereinstimmg. mit Gimbel S. 19².

und bis zu gewissem Grade gebunden (Gleichheitssatz, Willkürverbot), frei, ob sie die Maßnahmen der Vorschrift ergreifen will oder nicht. Es liegt indessen im Sinne der Ausgangsvermutung zugunsten der Freiheit, daß der Gesetzgeber den Grundsatz von der Freiheit der Luft einerseits und des Verkehrs andererseits wahrt. Das niederländische Recht zum Beispiel motiviert die auch dort geltende Konzessionspflicht allein mit der Sicherheit. Alle anderen, auch Konkurrenzgründe haben außer Betracht zu bleiben ¹⁾).

Insoweit mißachtet die Vorschrift des § 22 die Kautel des Art. 19 Abs. 2 GG. Auch hier entsteht das Problem, ob der verfassungswidrige Bestandteil der Norm die gesamte Vorschrift vernichtet, oder ob es bei einer Teilnichtigkeit sein Bewenden haben kann. Diese Frage erhebt sich insbesondere deshalb, weil § 22 insgesamt lediglich Nebenbestimmungen zur Genehmigung regelt. - Art. 20 Abs. 1 und 3 GG charakterisieren die Bundesrepublik Deutschland als sozialen Rechtsstaat. Unbestreitbar erlaubt auch das Sozialstaatsprinzip gewisse Planungen und Lenkungsmaßnahmen, wenn und soweit die existentiellen Grundlagen der Gemeinschaft Schutz fordern. Diese Befugnis reicht bis zu dem Punkt, an dem das Sozialstaatsprinzip in Wohlfahrtstaatlichkeit umschlagen würde; in ihrem Bereich nämlich schafft die Freiheit vom Zufall Unfreiheit. Auch der Sozialstaat neigt zur Disqualifikation des Zufälligen; er darf aber nicht zu einem "sozialpolitischen Perfektionismus führen, der die in der Verfassung verbürgten Freiheitsrechte außer Acht läßt und die private Initiative lähmt" ²⁾. Das Rechtsprinzip als "das einzige verbindliche normative Prinzip einer friedlichen Gesellschaftsordnung" ³⁾ macht Lenkungen dann und insoweit hinfällig, als sie zu Lasten Dritter die Risiken einiger unter dem Deckmantel des Gemeinwohls in Gestalt der öffentlichen Verkehrsinteressen zu mindern oder zu beseitigen suchen.

Der hierin zum Ausdruck gelangende Grundsatz, die Norm möglichst weitgehend zu erhalten ⁴⁾, spricht seiner ganzen Gestalt nach gegen die Nichtigkeit der gesamten, die unzulässige Lenkungsmaßnahme enthaltenden Norm; dies jedenfalls dann, wenn Wesentliches dieser Norm erhalten werden kann, ohne daß sie zu-

1) vgl. Warncke S. 79, mit Hinweis auf Goedhuis, D.: Hanboek voor het Luchtrecht, Den Haag 1943, S. 153.

2) so Wolff I § 11 II b 4 und Bayer. VerfGH Entschr. v. 16. 7. 62 DVBl 62/638.

3) Wolff I § 11 II b 5.

4) v. Mang.-Klein Einl. Nr. 8 sprechen von der "normerhaltenden Verfassungsanwendung". Tatsächlich liegt das Gewicht der Untersuchung, eine Norm in ihrem Bestande möglichst zu sichern, mehr auf dem Boden der Verfassung als auf dem des auszulegenden Gesetzes; darauf weist Stern i. d. Anm. zu BVerfG NJW 58/1227 in NJW 58/1435 zutreffend hin.

gleich ihren vom Gesetzgeber verfolgten Zweck verfehlt. Dieses Prinzip hat in der Vorschrift des § 139 BGB in negativer Formulierung seinen Ausdruck gefunden, gilt aber als allgemeiner Rechtsgedanke auch bei der Normen-Interpretation. Die Vermutung zugunsten des Gesetzgebers, daß nämlich eine Norm in allen ihren Bestandteilen mit der Verfassung in Einklang steht, gebietet nicht nur die an der ratio legis orientierte "verfassungskonforme Auslegung" ¹⁾, sondern zugleich und schon eine Stufe früher in der Untersuchung: das Gesetz so weitgehend aufrecht zu erhalten, wie es das Grundgesetz nur eben noch zuläßt ²⁾.

Zwar regelt die Vorschrift des § 22 überhaupt nur Nebenbestimmungen zur Genehmigung nach § 20. Jede dieser drei Modifikationen ist jedoch fakultativ auf das gleiche Ziel ausgerichtet; keine verfolgt einen besonderen Zweck. Bleiben allein Beförderungsuntersagung und Auflagen erhalten, so verändert sich das Wesen der Vorschrift nicht. Sie wird nur in ihrer Angriffsweise gestraft. Damit kann die Vorschrift des § 22 unter Ausklammern der wesensgehaltverletzenden Bedingungsmöglichkeit und unter Berücksichtigung der grundgesetzharmonischen Interpretation der übrigen Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgemöglichkeiten fortbestehen. Das Bundesverfassungsgericht hätte an dieser Stelle inne zu halten; es dürfte sich nicht an die Stelle des Gesetzgebers setzen und die Norm in neuem Wortlaut schaffen ³⁾. Die diesseits des nichtigen Teils der Norm liegende Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers hat es als "nur" rechtsprechendes Organ zu achten ⁴⁾.

De lege lata wird die Praxis nicht umhin können, sich solcher Auslegung und Anwendung des § 22 im dargestellten Sinne zu bedienen. Die Schwierigkeiten sind indessen unverkennbar, zumal sich eine Norm, deren objektiver Wortlaut nur bei subtiler Interpretation mit den Rechtsprinzipien der Verfassung harmoniert, dem bürgerlichen Verständnis weitgehend entzieht.

De lege ferenda empfiehlt sich daher eine Neufassung der Vorschrift etwa folgenden Wortlauts:

-
- 1) so die grundlegende Entsch. d. BVerfG Beschl. v. 7. 5. 53 NJW 53/1059.
 - 2) vgl. BVerfG Beschl. v. 11. 6. 58 NJW 58/1227; im übrigen die Ausführungen zu § 3 S. 89.
 - 3) vgl. BVerfG Beschl. v. 14. 4. 59 NJW 59/981, 982.
 - 4) denn auch § 31 BVerfGG räumt dem BVerfG keine gesetzgebende Gewalt ein; vielmehr hat der Gesetzgeber selbst hier eine ausfüllbedürftige Blankettnorm geschaffen.

" 1. Im gewerblichen Luftverkehr, der nicht Fluglinienverkehr ist (Gelegenheitsverkehr), aber durch seine besonderen Eigenarten wie eine Fluglinie betrieben werden kann (insbesondere Ausflugs- und Trampverkehr), kann die Genehmigungsbehörde nachträglich Auflagen festsetzen oder einzelne Beförderungen untersagen.

2. Die Auflagen sind inhaltlich in der Genehmigung hinreichend bestimmbar festzulegen. Die Maßnahmen des ersten Absatzes sind nur zulässig, wenn ein vorhandener Linienverkehr nachweislich erheblich beeinträchtigt wird." ¹⁾

Dieser Wortlaut sollte der Interpretation des § 22 schon de lege lata zugrunde gelegt werden.

§ 5

INHALT UND BESTAND DER GENEHMIGUNG

1. ERLAUBNISTRÄGER

Adressat und Träger der Genehmigung ist der Antragsteller (vgl. § 20 Abs. 2 S. 1 LuftVG, § 62 Abs. 1 Nr. 1 LuftVZO). Auf jeden Fall handelt es sich um einen Unternehmer - soweit nicht gewerbliche Selbstkostenflüge in Rede stehen (s. o.). Es muß nicht eine physische Person sein; auch eine iuristische Person kann Erlaubnisinhaber werden ²⁾. Letztere ist selbst Träger der Genehmigung, nicht ihre gesetzlichen Vertreter, wenn diese Vertreter auch den Anforderungen des § 20 Abs. 2 genügen müssen, vgl. § 62 Abs. 1 Nr. 1 LuftVZO i. V. m. § 20 LuftVG.

Da der Wortlaut des Gesetzes den Erlaubnisinhaber nicht näher bestimmt ³⁾, muß es als zulässig zu erachten sein, die Genehmigung auch Personenmehrheiten (nicht-rechtsfähigen Vereinen, bürgerlich-rechtlichen Gesellschaften) und Gesellschaften des Handelsrechts (oHG, KG), vgl. hierzu insbesondere § 62 Abs. 1 Nr. 1 und § 64 S. 2 LuftVZO, zu erteilen. Die Straf- und Bußgeldvorschriften der §§ 58 ff. stehen dem nicht entgegen. Andere gesetzliche Hindernisse stören hier ebenfalls nicht. Es bestehen auch keinerlei rechtliche Bedenken, ein Gele-

1) ähnlich schon Graumann S. 1488 - 1489.

2) so auch Ruwe f. d. GüKG Anm. 1 zu § 11; Sigl f. d. Einzelhandel S. 37; Schleicher-Reymann 3 zu § 11 LuftVG aF.

3) im Gegensatz zu § 3 Abs. 1 PBefG; natürliche oder iuristische Personen.

genheitsluftverkehrsunternehmen von einer Personenmehrheit betreiben zu lassen. In dem Fall wären sämtliche Gesellschafter bzw. Mitglieder Inhaber der Genehmigung. Sie alle müßten die erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen. Denn sie haben zumindest kraft ihres Statuts mehr oder minder unmittelbare Einwirkungsmöglichkeiten auf den Betrieb. Dies aber ist gerade für größere Gruppen eine unliebsame faktische Hürde, die die Zahl solcher Unternehmen nicht übermäßig anwachsen lassen wird. Das Gleiche gilt für die oHG. In der KG wären die persönlich haftenden Gesellschafter Erlaubnisinhaber.

Dieser Auffassung kann auch nicht durch einen Hinweis auf die Befristungsmöglichkeit des § 20 begegnet werden. Einerseits ist auf die hierzu bereits angestellten Überlegungen hinzuweisen. Soweit aber zum anderen der Gesetzgeber selbst die Befristung nur wegen der Zulassung auch von Personenmehrheiten beabsichtigt haben sollte, könnte ihm nicht beigetreten werden. Zwar pflegt in aller Regel eine gewerberechtliche Genehmigung mit dem Tode ihres Trägers zu erlöschen; auf diese Weise könnte eine einer Personenmehrheit (juristische oder nicht-juristische Person) erteilte Erlaubnis "ewig" bestehen bleiben. Hiergegen sind jedoch keine Bedenken anzumelden. Ein besonderer Grund für die Befristung ist nicht erkennbar. Soweit an irgendeiner für die Leitung verantwortlichen Stelle sich "Tatsachen" im Sinne des § 20 Abs. 2 S. 1 ergeben sollten, ist die Genehmigung für diese betreffende Person zu widerrufen (auch nachträgliche Auflage möglich). Die Behörde hat dann zu prüfen, ob diese Person weiterhin dennoch maßgeblichen Einfluß auf das Unternehmen haben kann bzw. haben wird. Trifft in solchem Fall das Unternehmen nicht selbst entsprechende sichernde Vorkehrungen, wird die gesamte Genehmigung zu widerrufen sein ¹⁾. Im übrigen ist die derartigen Schwierigkeiten bereits vorbeugende Regelung des § 64 LuftVZO, wonach Änderungen der vertretungsberechtigten und persönlich haftenden Personen, also der Erlaubnisträger, der Behörde sofort ²⁾ mitzuteilen sind, sehr zu begrüßen.

2. ERLAUBNISGEGENSTAND

Anders als nach § 3 Abs. 1 PBefG wird die Gelegenheitsverkehrsgenehmigung im Luftverkehrsgewerbe nicht "für den Gelegenheitsverkehr" erteilt. Vielmehr ist eine Genehmigung gemäß § 20 zu gewähren; nur Linienverkehr bedarf der Linienverkehrserlaubnis nach § 21 gesondert.

1) vgl. oben Teil A, § 3, 4 b.

2) diese Fristbestimmung heißt in der genannten Vorschrift "unverzüglich"; ihr näherer Inhalt kann durch eine Auflage definiert werden.

Wenn auch im Antrag die zu verwendenden Luftfahrzeuge angegeben sind (vgl. § 62 Abs. 1 Nr. 4 LuftVZO.), wird doch keine Genehmigung für das einzelne Flugzeug erteilt¹⁾. Gegenstand ist auch nicht der einzelne Flug als Betriebshandlung, sondern der Betrieb im ganzen: das Unternehmen als solches²⁾. - Das hat zur Folge, daß ein Vercharterungsunternehmen ebenso einer Genehmigung nach § 20 bedarf wie die verschiedenen Gelegenheitsluftverkehrsunternehmen, die ihre Flugzeuge von dort her mieten. Das betroffene Flugzeug wird also theoretisch zwei betrieblich-technischen Kontrollen unterworfen. Da die Genehmigung aber dem Unternehmer erteilt wird, handelt es sich um zwei auch in unterschiedlichen Personen verwirklichte Tatbestände des § 20³⁾.

3. INHALT DER AUFLAGEN

Dem Inhalt der Auflagen sind die oben dargestellten Grenzen gesetzt. Er richtet sich allein nach der ratio legis des § 20. Welche Auflagen im einzelnen festgesetzt werden können oder sollen, sagt das Gesetz nicht, untersteht auch dem insofern freien und nur an den Einzelfall gebundenen Ermessen der Genehmigungsbehörde. - Die Praxis wendet weitgehend die "Auflagen für die vom Reichsminister der Luftfahrt genehmigten Luftfahrtunternehmen"⁴⁾ an. Dagegen ist nichts einzuwenden; denn diese Auflagenbestimmungen enthalten weder jener Zeit eigenes Gedankengut, noch erscheinen sie ob ihres relativen Alters als prinzipiell veraltet.

Lediglich die Vorschrift des § 12 der Auflagen erfüllt nicht die oben für die Möglichkeit nachträglicher Auflagen herausgearbeiteten Voraussetzungen. Zumindest die Zielrichtung solcher nachträglicher Beschränkungen muß im Vorbehalt ange-

- 1) im Gegensatz zu § 9 Abs. 1 PBefG; z.B. auch § 11 GüKG; im Luftverkehrsrecht reichen §§ 2, 3 aus; Muster- u. Verkehrszulassung.
- 2) vgl. Graumann S. 1488 und oben S. 88 ff.
- 3) da nur die gewerbsmäßige "Verwendung" von Luftfahrzeugen genehmigungspflichtig ist, bedürfen Luftfahrtmakler und -agenten keiner Erlaubnis im Sinne des § 20; sie kommen mit den Luftfahrzeugen nicht in Berührung, führen Flüge auch nicht auf eigene Rechnung durch, sondern vermitteln lediglich Luftfahrzeuge betreffende Verträge zwischen anderen Beteiligten; so übrigens auch die Begründung Nr. 14 zu Art. 1 Nr. 14 (Änderg. d. § 11 aF, Btdagsdrucks. 3. WP Nr. 100).
- 4) abgedruckt in Schleicher-Reymann S. 298 ff.

zeigt werden ¹⁾).

Einen Ansatzpunkt, die Auflagenbestimmungen im Sinne des § 20 allgemein neu festzusetzen, enthielt § 51 Abs. 2 und 3 EntwLuftVZO Jan. 61 (er fehlt wieder im Entw. Juni 63 und in der jetzigen LuftVZO). Danach war der Betrieb zu dem in der Genehmigung festgelegten Zeitpunkt aufzunehmen. Dies entspricht aber auch jetzt noch sicherheitlichen Erwägungen, da sonst die einer Erlaubniserteilung unmittelbar vorausgehenden Kontrollen und Prüfungen in ihren Ergebnissen durch Zeitablauf überholt werden können. - Weiterhin haben juristische Personen und Gesellschaften des Handelsrechts personelle und betriebliche sachliche Änderungen mitzuteilen.

4. ZEITPUNKT DER GENEHMIGUNGSErTEILUNG

Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn das Unternehmen in allen Punkten den gesetzlichen Voraussetzungen entspricht. Fraglich erscheint hierbei nur, wann die dazu erforderlichen Prüfungen stattzufinden haben bzw. was der Bewerber über seinen Antrag hinaus bereits an Tätigkeit zu entfalten hat, bevor er die Erlaubnis erhalten kann.

Laut Vorschrift des § 62 LuftVZO (entspr. 1. Abschn. II der Richtlinien für die Genehmigung von Luftfahrtunternehmen vom 10. 8. 1955) über den Inhalt des Antrags auf Genehmigung nach § 20 müssen bereits vor Erlaubniserteilung nahezu alle personellen und sachlichen Betriebseinrichtungen und -grundlagen vorhanden sein und als geschaffen nachgewiesen werden. Eine Ausnahme macht allein die Nr. 4 der Vorschrift; hiernach brauchen die zu verwendenden Luftfahrzeuge noch nicht als betriebszugehörig ausgewiesen zu werden. Es genügen die verlangten Auskünfte über die "zur Verwendung vorgesehenen" Maschinen. Dies erscheint sinnvoll, da es sich um die wohl aufwendigsten Betriebsmittel handelt und u. U. von der Behörde gegen einzelne Flugzeuge oder -typen Einwendungen gemäß § 20 erhoben werden können.

1) die Praxis scheint dem aber bereits Rechnung zu tragen; vgl. etwa die Genehmigung für die "Motorflug GmbH in Koblenz" (Min.f. Wirtsch. und Verk. RhPf VK III - 181/08/10 - 1294/59 vom 28. 7. 59; dort heißt es unter IV 5: "Weitere Auflagen und Anordnungen der Luftfahrtbehörde zur Abwehr von Gefahren für die Sicherheit des Luftverkehrs sowie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung bleiben vorbehalten".

Soweit die übrigen Betriebsvoraussetzungen bereits erfüllt sein müssen zwecks sachgerechter und insbesondere wirkungsvoller Prüfung gemäß §§ 20, 31 Abs. 4, bestehen keine Bedenken. Zwar ist hierfür regelmäßig bereits ein u. U. nicht unerheblicher Kapitaleaufwand notwendig, z. B. Übernahme eines eingerichteten Unternehmens. Doch wird er in jedem Fall gerechtfertigt durch den Anspruch des Bewerbers auf die Genehmigung. Sollte das eine oder andere ausgesetzt werden, so lassen sich solche Mängel verhältnismäßig einfach und schnell beheben. Die erforderlichen Investitionen werden jedenfalls nicht hinfällig, weil die Genehmigung im Ergebnis nicht versagt werden wird. Die Vorschrift des § 20 Abs. 2 S. 1 1. Hs. bietet insoweit nur eine Übergangsregelung, bis der Antragsteller ihren Erfordernissen genügt¹⁾.

Bedenklich erscheint es hingegen, daß erst im Antrag die für eine Zuverlässigkeitsprüfung in Betracht kommenden Personen zu nennen sind, eine andere sinnvollere Regelung aber positiv nicht getroffen wird²⁾. So könnte der Bewerber wenn er alle sachlichen Voraussetzungen geschaffen hat, ihm trotz eigener Nachforschungen unbekannt objektiv unzuverlässige für die Leitung des Unternehmens verantwortliche Personen benennen. Die bisherige positiv-rechtliche Regelung veranlaßt ihn zu einer Art "Beginn der Ausführung"³⁾, die aber mitsamt ihrem Kapitaleaufwand wegen Unzuverlässigkeit der betreffenden Personen hinfällig werden kann.

Diese Unsicherheit muß beseitigt werden. Zweckmäßig ist es demnach, wenn der Interessent schon vor seinem Antrag die einer Zuverlässigkeitsprüfung zu unterwerfenden Personen benennt. Die Behörde hat dann ihre Untersuchungen insoweit anzustellen und den Bewerber vom Ergebnis zu unterrichten. Ihm steht es dann frei, nun - oder dennoch - den notwendigen Antrag auf Genehmigung zu stellen. Von diesem Augenblick an hat er die Folgen einer möglicherweise wegen Unzuverlässigkeit versagten Genehmigung selbst zu vertreten⁴⁾.

Das Unternehmen hat also bis auf die Luftfahrzeuge weitgehend "startklar" zu sein, wenn die Genehmigung erteilt wird.

1) dasselbe gilt für die Versagungen nach § 20 Abs. 2 S. 2.

2) s. o. Teil A, § 3, 4 a.

3) im Sinne Forsthoffs, 6. Aufl., S. 237; "Ins-Werk-Setzung".

4) derartige Schwierigkeiten treten im PBefG, vgl. § 12, nicht auf, da dort regelmäßig höchstens unbedeutende Investitionen zu machen sind vor der Erlaubniserteilung; anders liegen die Probleme dagegen im GüKG §§ 10,

5. ERLÖSCHEN DER GENEHMIGUNG

a) "Tod" des Unternehmers

Die Genehmigung ist an eine Person gebunden, sei es eine natürliche, sei es eine juristische Person. - auch bei Personenmehrheiten ist dies der Fall, da jedes einzelne Mitglied Träger der Erlaubnis ist (s. o.). Stirbt oder erlischt der Genehmigungsinhaber, so besteht die Erlaubnis nicht gleichwohl fort. Zwar betrifft sie in erster Linie das Unternehmen als ihren Gegenstand; das Unternehmen selbst als Vermögenswert ist auch vererblich oder übertragbar. Doch gründet die Genehmigung wesentlich auf Eigenschaften ihres Inhabers. Sind sie nicht mehr gegeben, so fehlt ein Teil des Fundaments, auf dem die Erlaubnis ruht. Zwar kann der Erbe bzw. der Rechtsnachfolger auch die erforderlichen Merkmale besitzen. Die Behörde hätte sie zu prüfen. Ohne Mitwirkung des Erben in Form eines Antrages ist sie dazu jedoch nicht in der Lage. Bei positivem Ergebnis erteilt die Behörde dann eine neue Genehmigung, indem sie sich an einen ebenfalls neuen Adressanten als zukünftigen Träger der Erlaubnis wendet.

Unter diesen Umständen müßte die Genehmigung mit dem Tode ihres Inhabers grundsätzlich erlöschen¹⁾. Anders wäre es nur, wenn ein Abweichen von diesem Grundsatz positivrechtlich geregelt wäre, etwa ähnlich § 6 EinzelhG und § 10 GüKG²⁾. Eine derartige Vorschrift fehlt aber im LuftVG. Man folgt vielmehr dem Grundsatz des Erlöschens, einst ausdrücklich geregelt und vorgeschlagen in § 51 Abs. 1 S. 1 EntwLuftVZO Jan. 61; die Genehmigung ist nicht vererblich³⁾.

Jedoch ist ein Luftfahrtunternehmen ein stehender Gewerbebetrieb im Sinne des Titels II der Gewerbeordnung. In weitestem Umfang stellt zwar das LuftVG eine erschöpfende Regelung des Luftverkehrsrechts gegenüber der GewO dar⁴⁾. Doch ist gerade über den Tod des Erlaubnisinhabers keine Vorschrift enthalten, so daß es bei der Vorschrift des § 46 GewO verbleibt. Demnach erlischt auf Grund dieser nur sedis vacantis causa geltenden Regelung die Genehmigung nicht; an die Stelle des Erlaubnisträgers tritt der im Sinne des § 46 GewO nach § 20 LuftVG befähigte Stellvertreter.

Dies kann indessen nicht auch für juristische Personen gelten. Denn hier fehlt es an schutzwürdigen Hinterbliebenen im Sinne des § 46 GewO. Erlischt eine juristische Person, so erlischt mit ihr die Genehmigung.

1) als allgemeiner verwaltungsrechtlicher Grundsatz.

2) "Erbenprivileg".

3) unter Übernahme des § 41 Abs. 2 LuftVO aF (fehlt in der LuftVZO).

4) so auch Rigoll S. 11.

b) Übertragung des Unternehmens

In Fortführung des schon in § 41 Abs. 2 LuftVO aF gefaßten Grundsatzes ist auch in Zukunft die Genehmigung nicht übertragbar; so der einstige § 51 Abs. 1 S. 1 EntwLuftVZO Jan. 61 (vgl. auch § 10 Abs. 2 i. V. n. § 48 GewO). Sie kann also auf keinen Fall selbst Gegenstand eines Rechtsgeschäfts sein. Zugleich aber geht sie niemals auf den Erwerber des Unternehmens über. Er bedarf mithin einer neuen Genehmigung. Insoweit bleibt die Genehmigung beim Veräußerer. Diese Bestimmung ist im Entw. Juni 63 und in der nunmehr gültigen LuftVZO als überflüssig - weil selbstverständlich - fortgefallen.

Da weder in der Veräußerung des Betriebes noch in dessen Verpachtung ein Verzicht zu erblicken ist ¹⁾, ist ein Erlöschen auf dieser Grundlage nicht möglich.

Andererseits war aber in § 51 Abs. 2 EntwLuftVZO Jan. 61 eine Spezialregelung in der Art des § 49 GewO getroffen. Danach ist, als Auflage gedacht, der Betrieb binnen einer bestimmten Frist zu beginnen. Eine dem § 49 Abs. 3 GewO ²⁾ entsprechende Regelung fehlt aber, wonach eine Genehmigung nach einer bestimmten Zeit des Nichtgebrauchs automatisch erlischt. Schon der EntwLuftVZO Juni 63 enthielt diesen Schlüssel nicht mehr; er fehlt auch in der geltenden LuftVZO. Er ist wegen der Möglichkeit einer entsprechenden Auflage auch unnötig gewesen. Die LuftVZO unterwirft in § 63 Abs. 2 den längeren Nichtgebrauch lediglich einer Befugnis der Behörde zu widerrufen.

Für die sich hieraus ergebende Problematik bietet sich nur eine Lösung; sofortiges Erlöschen der Erlaubnis mit abgeschlossener Veräußerung. Da eine Fristbestimmung nicht besteht, wäre es schwierig und bedenklich, seitens der Exekutive in den Tätigkeitsbereich der Legislative einzugreifen und einen Nichtgebrauch mit der Sanktion automatischen Erlöschens zu belegen und zu befristen. - Darüber hinaus aber fällt mit der Veräußerung bzw. Übertragung der eigentliche Gegenstand der Genehmigung fort. Der Erlaubnisträger müßte völlig von vorn beginnen und ein neues Unternehmen gründen. Unter Umständen bedürfte er hierzu auch anderer auf Zuverlässigkeit zu prüfender Verantwortlicher, so daß selbst diese Genehmigungsvoraussetzung einer neuen Kontrolle bedürfte. Über diese rechtlichen Bedenken hinaus erscheint es wenig zweckmäßig und vor allem auch nicht im Sinne einer Verwaltungsökonomie gelegen, die Behörde als Vertreterin des Gemeinwesens in dem Fall auf eine gründliche Neuüberprüfung wie zu einer Genehmigungserteilung nur mit der möglichen Folge des Widerrufs gemäß § 20 Abs. 2 S. 1 2. Hs. zu verweisen.

1) vgl. Ksoll S. 142; im übrigen zum Verzicht siehe unten d).

2) der hier im übrigen nicht anwendbar ist, da er nur für Anlagegenehmigungen im Sinne der §§ 16, 24 GewO gilt.

Dem bisherigen Genehmigungsinhaber geschähe kein Unrecht. Das Verfahren stellt einen unverhältnismäßigen Eingriff in seine Rechte nicht dar. Ohne Betrieb kann er mit seiner Erlaubnis nichts unternehmen. Gibt er sein Unternehmen auf, so begibt er sich seines geschützten verwaltungsrechtlichen Besitzstandes. Es wäre aber ungerecht und widerstritte dem Sinn der Genehmigungsregeln, bei ihm eine volle Prüfung und Kontrolle eines etwa neu begonnenen Unternehmens nur im Hinblick auf die Widerrufsmöglichkeit vorzunehmen, obgleich er in keiner anderen Lage ist als ein Genehmigungserstbewerber, der den verwaltungsrechtlichen Besitzstand erst zu erwerben trachtet und deshalb weniger schutzbedürftig ist.

Zweckmäßig, gerecht und sinnvoll ist also ein sofortiges Erlöschen der Genehmigung nach Übertragung des Unternehmens auf einen Dritten ¹⁾, - Genehmigung, ihr Gegenstand und ihr Adressat gehören als wesentliche Bestandteile einer verwaltungsrechtlichen Einheit zusammen.

Im übrigen ist es möglich, diesem Problem mit Hilfe von Auflagen, die zudem im Sinne der von § 20 verfolgten Ziele lägen, beizukommen.

c) Widerruf der Erlaubnis

aa) Widerrufsvorbehalt in § 20

Das preußische OVG vertrat schon im Jahre 1877 den Grundsatz der freien Widerruflichkeit jedes Verwaltungsaktes ²⁾. Dieses Prinzip kann auch heute noch im modernen rechtsstaatlichen System jedenfalls für den Widerruf ³⁾ fehlerhafter, belastender Verwaltungsakte gelten ⁴⁾. Das Gleiche ist für den rechtmäßigen, belastenden Verwaltungsakt festzustellen ⁵⁾.

Die Genehmigung der §§ 20, 22 stellt jedoch für den Adressaten regelmäßig lediglich eine begünstigende hoheitliche Maßnahme dar. Sie kann trotz oder wegen

-
- 1) zum gleichen Ergebnis kommt auch Giacometti § 26 I 1 S. 399 i. V. m. § 21 III 1 S. 324 f.
 - 2) Nachweise bei Forsthoff, 6. Aufl., S. 232 Anm. 3.
 - 3) Die terminologische Unterscheidung in Rücknahme, Widerruf, Beseitigung usw., der auch die Gerichte nicht gefolgt sind, ist mit Giacometti, § 26 II 2 Anm. 23 S. 402, als unergiebig abzulehnen; vgl. etwa Forsthoff 6. Aufl. S. 230; Wolff I § 53 I S. 298 ff.
 - 4) statt aller Giacometti § 27 II 3 S. 438.
 - 5) vgl. Giacometti § 26 II 2 b bb S. 421 u. Forsthoff 6. Aufl. S. 230 f.

ihrer Mitwirkungsbedürftigkeit - incitamentum des Antrags - fehlerhaft sein; sie wird normalerweise rechtmäßig sein, zumindest wird für sie der Grundsatz der Recht- und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung streiten und damit die Vermutung der Rechtmäßigkeit hoheitlichen Handelns ¹⁾. Vermutungen aber sind Annahmen mit Wahrscheinlichkeitsgehalt ⁵⁾. Wie also, wenn diese Vermutung seitens der Behörde als widerlegt zu erachten ist?

Der Verwaltungsakt gründet auf einer ihn zulassenden Norm, ist Gestalt gewordene Anwendung eines oder mehrerer Rechtssätze. Nur so tritt der Rechtsstaat auch auf diesem Gebiet der Exekutive gegenüber in die ihm eigene Erscheinung. Auf der Grundlage räumt er dem Individuum subjektive, öffentliche Rechte, verwaltungsrechtliche Besitzstände, Betätigungsfelder in erschlossener Handlungsfreiheit ein. Das alles sind positive Gewinne. Mehr oder weniger werthafter Art, die das Leben des Einzelnen in der Gemeinschaft bereichern. Mit der Beseitigung solchen Hoheitsaktes muß nach der betroffene Bürger zwangsläufig eine Einbuße erleiden. Kraft Geltung des Souveränitätsprinzips kann die Gemeinschaft - Staat in gewissem Rahmen nehmen, was sie erst gegeben hat. Damit stellt sich rein sachlich als Maßnahme und Zweck ein Widerruf als contrarius actus zur Erteilung dar. Er ist selbst ein Verwaltungsakt mit negativem Vorzeichen. Also bedarf auch er eines Rechtssatzes als tragfähige Basis ⁶⁾. Seine freie Widerruflichkeit wird jedoch in unserer Rechtsordnung durch keine Rechtsgrundlage etwelcher Qualität allgemeingültig begründet oder gerechtfertigt. Nur Einzelnormen gestatten die Beseitigung in besonderen Fällen; ansonsten bedarf der jeweilige Rechtsakt, der die Erteilung des günstigen Verwaltungsaktes zuläßt, der Auslegung, ob er auch seinen Widerruf erlaubt ⁷⁾. Die Regel des preussischen OVG kann somit in der geltenden rechtsstaatlichen System - mit besonderen Modalitäten - als ins Gegenteil verkehrt angesehen werden; ein Hoheitsakt ist nicht frei widerruflich, sondern nur seinen gesetzlichen Grundlagen und Voraussetzungen gemäß unter dem Schirm der Rechts- und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) rücknehmbar ⁸⁾. Es sind die öffentlichen Interessen an der Wahrung der Rechtlichkeit ho-

- 1) zum Inhalt dieser Vermutung vgl. P. Schneider I. d. pro lib. S. 276 Anm. 44.
- 2) Hoffmeister S. 357 f.
- 3) so auch Giacometti S. 407 u. 409; ebenso Erning S. 193/194; Forsthoff 6. Aufl. S. 231 lehnt die Natur des Widerrufs als contrarius actus ab; die vorgefundene Sachlage ist zwar bei Erteilung und Widerruf unterschiedlich; doch kommt es insoweit allein auf die hoheitliche Tätigkeit an und ihr Ziel, nicht aber nur auf die wirtschaftlichen Erfolge in der privaten Sphäre.
- 4) Giacometti S. 415 ff.; ähnlich wohl auch Wolff I § 53 II b.
- 5) im Ergebnis ebenso Giacometti S. 409; Erning S. 194; Wolff I § 53 II (auch Forsthoff 6. Aufl. S. 232) billigt noch den von Giacometti aaO mit Recht abgelehnten Grundsatz der Unwiderruflichkeit eines Verwaltungsaktes.

heitlichen Handelns und die privaten Interessen am Fortbestand des Verwaltungsaktes gegeneinander abzuwägen. Auf die hierzu von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsätze braucht an dieser Stelle nicht weiter eingegangen zu werden ¹⁾.

Der Widerruf des begünstigenden Verwaltungsaktes kann nun rechtsatzmäßig ausgedrückt oder vorbehalten sein. Eine Generalnorm solcher Art fehlt in der Bundesrepublik Deutschland mangels eines allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes ²⁾. Wir müssen daher auf die einschlägigen Spezialnormen zurückgreifen, die ihrerseits auch Rechtsgrundlage für den Erlass des günstigen Verwaltungsaktes zu sein pflegen. Forsthoff ³⁾ sieht in diesen umfassenden materiellen gesetzlichen Vorbehalten nur eine Deklaration mit nachfolgender Umkehr der Beweislast zugunsten des Betroffenen. Jung ⁴⁾ will mit ihnen die Bindung der Behörde an den Verwaltungsakt ausschließen und so die Vermutung für die Rechtsbeständigkeit des erlassenen Aktes beseitigen. Wolff ⁵⁾ und Giacometti ⁶⁾ sehen im Widerrufsvorbehalt eine besondere Form der Resolutivbedingung. - Diesen unterschiedlichen Betrachtungsweisen aber ist gemeinsam, daß solcher Vorbehalt auf materiell-gesetzlicher Grundlage Ausprägung des Prinzips der gesetzmäßigen Verwaltung ist und es dem Gesetzgeber innerhalb seines Ermessens frei steht, inwieweit er die mit einer Gestattung gewährten Berechtigungen in zulässigen Grenzen gewähren bzw. einschränken will.

Die Vorschrift des § 20 Abs. 2 S. 1 2. Hs enthält den zu der nach Abs. 1 zu erteilenden Genehmigung korrespondierenden negativen Pol ihres Wesens. Es handelt sich um einen an spezielle Voraussetzungen geknüpften allgemeinen Widerrufsvorbehalt ⁷⁾, der jede auf Grund der Vorschrift erlassene Erlaubnis zu beseitigen geeignet ist. Die Zulässigkeit eines Widerrufs auf dieser Grundlage steht somit vom Rechtssatz her außer Zweifel. Bedenken lassen sich lediglich auf das mit der Genehmigung gewährte subjektive öffentliche Recht und dessen Zerstörung durch einen Widerruf gründen. Insoweit könnte allerdings auch der Gesetz-

-
- 1) vgl. dazu Giacometti S. 418 ff; Forsthoff 6. Aufl. S. 236 ff; Wolff I § 53 III.
 - 2) im Gegensatz etwa zu Österreich, vgl. bei Giacometti § 26 II 2 Anm. 43 S. 410.
 - 3) 6. Auflage S. 234.
 - 4) S. 710/711.
 - 5) I § 49 I c; mangels Gewißheit des Rechtsverlustes ist er keine Sonderart der Befristung - Wolff I § 37 III d 2; ähnlich Jung S. 709.
 - 6) § 23 III 1 b S. 367, auch Martens S. 428 m. w. N.
 - 7) dazu, ob ein Vorbehalt jederzeitigen Widerrufs zulässig ist, vgl. Niemeyer S. 903²⁾.

geber selbst beschränkt sein, sofern andernfalls das gesamte Prinzip fragwürdig werden könnte.

Auch Jung ¹⁾ erkennt die ausdrücklich im Gesetz geregelte Zulässigkeit eines Widerrufsvorbehaltes an. Er möchte ihn jedoch in allen den Fällen untersagen, in denen der Bürger die Erteilung des Verwaltungsaktes beanspruchen kann. Dem ist aber die *petitio principii* entgegenzuhalten, daß gerade eben das Gesetz diese Vergünstigung nicht uneingeschränkt gewährt, vielmehr die Pflicht der Verwaltung um eben die Möglichkeit des Widerrufs mindert. Wenn also ein subjektiv-öffentliches Recht auf Erteilung der Genehmigung besteht - wie vorliegend - und das Gesetz den Widerruf zuläßt, dann kann der Begünstigte den ihm aufgeschlossenen Freiheitsraum nicht gänzlich ohne Ketten betreten. Will er diese Freiheit erstreben, muß er zugleich die Fesseln staatlicher Kontrolle in Kauf nehmen. Daß er von der Erlaubnis bereits Gebrauch gemacht hat, sie "ins Werk gesetzt" hat ²⁾, bleibt demgegenüber ohne Einfluß ³⁾. Der Gesetzgeber schon hat die Interessen der Gemeinschaft gegen die des Einzelnen abgewogen und in gleichem Umfang wie auf die Notwendigkeit einer Erlaubnis auch auf die Notwendigkeit ihrer möglichen Vernichtung erkannt. Die Beseitigung ist sonach nur Resonanz bestimmter entfallener positiver oder entstandener negativer Voraussetzungen. Ein Ermessen der Behörde findet angesichts der gesetzgeberischen Entscheidung keine brauchbare Grundlage mehr ⁴⁾.

Wolff ⁵⁾ stimmt dem anscheinend zu, wenn er bei Widerruf angesichts eines Vorbehaltes die widerrufende Behörde von der sonst etwa bestehenden Entschädigungspflicht freistellt. Das Gleiche hat wohl auch Jung ⁶⁾ im Sinn, indem er mit dem Vorbehalt die Vermutung der Rechtsbeständigkeit des erlassenen Verwaltungsaktes widerlegt. In derselben Ebene liegt die Entscheidung des BVerfG vom 1. 7. 1953 ⁷⁾, in der das Gericht den vom Staat verliehenen subjektiven öffentlichen Rechten die verfassungsmäßige Garantie als zumindest höchst ungewöhnlich abspricht. Ob das in dieser Allgemeinheit noch heute als gesichert gelten kann, mag dahinstehen. Wesentlich ist die Definition des subjektiven öffentlichen Rechts als durch den Gesetzgeber entschädigungsfrei eingrenzbar. Diese Funktion

1) S. 709.

2) so Forsthoff 6. Aufl., S. 237.

3) so auch Wolff I § 53 VI c S. 311; aA Forsthoff 6. Aufl., S. 236, 237, und Über S. 259 Anm. 898.

4) so auch Giacometti § 26 II 2 a S. 414.

5) § 49 I c S. 270 und § 53 VI c S. 311.

6) S. 711.

7) in NJW 53/1137 (1138).

erfüllt der gesetzliche Widerrufsvorbehalt des § 20. In Wahrheit handelt es sich wohl nur um eine Deklaration im Sinne des Art. 14 Abs. 2 GG und nicht nur um eine Regelung gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG.

Bedenken rechtfertigen sich allenfalls dann, wenn der gesetzliche Vorbehalt uferlos wäre und dem Ermessen der Behörde zum Widerruf freien Raum böte. Daran leidet indes § 20 keinen Mangel. Die Vorschrift zählt in Abs. 2 S. 1 die Voraussetzungen einzeln auf, bei deren Erfülltheit der Widerruf ipso iure seine Rechtfertigung findet: wenn sich später Tatsachen ergeben, die die Annahme rechtfertigen, daß die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gefährdet werden kann, § 20 Abs. 2 S. 1. Diese Merkmale festzustellen, steht nicht im Ermessen der Genehmigungsbehörde. Es sind vielmehr sachliche Motive, die als unbestimmte Rechtsbegriffe voll nachprüfbar sind. Die Voraussetzungen sind dieselben, die zur Versagung der Genehmigung geführt haben würden, wären sie von Anfang an erfüllt gewesen, § 20 Abs. 2 S. 1 1. Hs.

Die Versagungsgründe sind, wie bereits an anderer Stelle bemerkt, erschöpfend aufgezählt. Das aber kann kaum auch für die Widerrufsgründe gelten. Denn hat der Erlaubnisträger den Hoheitsakt erschlichen oder sonst seine Mangelhaftigkeit verursacht oder verschuldet, ist sein Vertrauen in die Beständigkeit dieses Verwaltungsaktes nicht zu schützen. Das gilt auch, wenn er die Erlaubnis (noch) nicht "ins Werk gesetzt" hat¹⁾. Insoweit muß es der Behörde freistehen, nach pflichtgemäßem Ermessen die widerstreitenden Interessen der Gemeinschaft und des Beteiligten abzuwägen und u. U. die Genehmigung außerhalb der vom Gesetz vorgesehenen Gründe zu beseitigen. Für diesen Widerruf bedarf es gerade keines Vorbehaltes, er rechtfertigt sich zwingend durch Auslegung des die Erteilung des Hoheitsaktes begründenden Rechtssatzes²⁾. Der Vorbehalt des § 20 ist deshalb nicht ausschließender Natur.

Diesem Rechtsgehalt der Vorschrift trägt auch der neue § 63 Abs. 2 LuftVZO Rechnung, indem er in Ausführung des Gesetzes alle jene Gründe überflüssigerweise noch einmal ausdrücklich aufzählt. Er geht sogar so weit, in Ausführung des § 20 den beschränkten Vorbehalt in Form einer Verwirklichungsklausel³⁾ expressis verbis zulassen (".. wenn die erteilten Auflagen nicht eingehalten werden ..") und den Widerruf im Hinblick auf die Vielgestaltigkeit und -wertigkeit der denkbaren Auflagen vom Ermessen der Behörde abhängen zu lassen. Un-

1) vgl. oben Anm. 1 S. 114.

2) -- oben Anm. 4 S. 113.

3) unbestritten zulässig, vgl. Giacometti S. 411; auch Wolff I § 49 d: "Ist die Erzwingung einer Auflage untunlich, so kann ihre Nichterfüllung einen Widerruf des fundierenden Verw. -Aktes rechtfertigen."

ter seine Herrschaft fällt auch die Möglichkeit späteren Eintritts der Voraussetzungen des § 20 Abs. 2 S. 2: zunehmende Verwendung nicht in die deutsche Luftfahrzeugrolle eingetragener Flugzeuge.

Ebenso enthält weder § 20 noch § 63 LuftVZO einen speziellen Vorbehalt des Widerrufs für den Fall der Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes, die vom Betroffenen nicht verursacht wurde. Hier ist durch Auslegung der Vorschriften zu ermitteln, ob das Gesetz den Widerruf auf dieser Grundlage gegebenenfalls dennoch zuläßt¹⁾. Die Schwere des Rechtsfehlers gemessen an den Umständen des einzelnen Falles hat dann darüber zu entscheiden, ob das öffentliche Interesse an der Beseitigung wichtiger erscheint als der Vertrauensschutz und das Prinzip der Rechtssicherheit beim Adressaten²⁾. Diese Grundsätze finden auf die Genehmigung nach § 20 uneingeschränkt Anwendung. Indessen hat die Auslegung der Vorschrift ergeben, daß sie ein subjektives öffentliches Recht gewährt. Es bildet eine nur schwierig übersteigbare Hürde, dem öffentlichen Interesse an der Aufhebung höheren Wert beizumessen. Soweit Erteilungs Voraussetzungen nicht vorliegen, enthält § 63 Abs. 2 LuftVZO die zutreffende Regelung. Das kann - eigentlich selbstverständlich - auch für den fehlenden Antrag gelten. Wenn aber lediglich die unerkennbar unzuständige Behörde die Erlaubnis erteilt hat, so wird man schwerlich behaupten können, der Rechtsinhaber habe deshalb kein Recht erworben, er müsse es vielmehr, obwohl "ins Werk gesetzt", wieder "aufgeben". Hier - und in den übrigen denkbaren rechtlich ähnlich gelagerten Fällen - trägt das unter dem Grundsatz des Vertrauensschutzes entstandene Recht seinerseits den fehlerhaften Hoheitsakt, macht ihn zwar nicht rechtmäßig, versperrt aber den Weg zu seiner Rücknahme³⁾. - Auch insoweit ist mithin der Vorbehalt des § 20 Abs. 2 S. 1 2. Hs kein ausschließlicher.

Abschließend stellt sich die Frage, ob die Behörde in jedem Falle des § 20 Abs. 2 S. 1 2. Hs gemäß dem Wortlaut - "... ist ..." - widerrufen muß. Das Problem spaltet sich insofern auf, als ein Widerruf im pflichtgemäßen Ermessen unter Abwägen der Umstände und Interessen im Einzelfall steht, soweit die Voraussetzungen des ausdrücklichen, rechtssatzmäßigen Vorbehalts nicht erfüllt sind. Hier greift zutreffend die Kann-Regelung des § 63 Abs. 2 LuftVZO ein. - Diese Verordnungsvorschrift unterstellt dem "kann" aber auch den Fall, in dem die Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung "nachträglich nicht nur vorübergehend entfallen sind". Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen, daß die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gefährdet werden kann, führen zwingend zur

- 1) s. o. Anm. 4 S. 113 u. Giacometti § 27 II 3 S. 436; es genügt, daß das Gesetz dem Vorbehalt nicht widerspricht (Forsth. 6. Aufl., S. 192).
- 2) im Ergebnis gleich Giacometti S. 438.
- 3) so wohl auch Giacometti S. 438/439.

Versagung der Genehmigung, § 20 Abs. 2 S. 1 1. Hs. Sie sind damit negative Voraussetzungen für die Erteilung. Werden sie später positiv, treten sie also nachher ein, "so ist die Genehmigung zu widerrufen", § 20 Abs. 2 S. 1 2. Hs. Das Synonym dazu untersteht seinem Wortlaut nach dem bloßen "kann" des § 63 Abs. 2 LuftVZO. Eine Verordnung als Durchführungsanweisung zum Gesetz, § 32, kann aber nicht dem Gesetzeswortlaut und -sinn zuwider den gleichen Gegenstand abweichend - zumal nicht schwächer - regeln. Trotz der Ausdrucksweise der Verordnung ist deshalb der in § 20 Abs. 2 S. 1 geregelte Fall in § 63 Abs. 2 LuftVZO als nicht angesprochen auszuklammern.

Die Ausgangsfrage steht damit indes noch immer im Raum. Giacometti ¹⁾ plädiert für die Rechtspflicht der Behörde zum Widerruf, wenn und weil bei den unmittelbaren gesetzlichen Vorbehalten der Gesetzgeber eine endgültige Interessenabwägung bereits vorgenommen hat. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Jedoch ist es besondere Pflicht des Unternehmers und Erlaubnisträgers, die bei Erteilung der Genehmigung erfüllten Voraussetzungen existent zu halten, soweit die öffentliche Sicherheit oder Ordnung andernfalls gefährdet werden kann. Anders gewendet, die Genehmigung belastet den Rechtsinhaber zugleich mit der Pflicht, nach Kräften den Eintritt solcher Tatsachen zu verhindern, die die Annahme im Sinne des § 20 Abs. 2 S. 1 1. Hs rechtfertigen. Bei Nichterfüllung der Pflicht "ist" zu widerrufen, 2. Hs. Das Gesetz grenzt also das gewährte subjektive öffentliche Recht mittels solcher Pflichtigkeit ausdrücklich ein.

Doch steht auch der Gesetzgeber unter dem Grundsatz der Bindung an Recht und Gerechtigkeit, nämlich an die verfassungsmäßige Ordnung, Art. 20 Abs. 3 GG; insoweit kann er das ihm zustehende Ermessen nicht frei ausüben. Zu dieser Ordnung gehört auch, der intra legem entwickelte, aus den Freiheitsrechten abgeleitete Grundsatz mit Verfassungsrang "der Verhältnismäßigkeit des Mittels" ²⁾. Über ihn kann sich der Gesetzgeber nicht hinwegsetzen. Insofern befindet er sich beim Widerruf in einer anderen Lage als bei der Versagung. Letzterenfalls hat er lediglich den Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis zu beachten, im Widerrufsfall aber den grundsätzlichen und nicht nur graduell verschiedenen Anspruch des Inhabers auf Fortbestand seiner Rechte. Auf einmal geschaffene Vermögenswerte hat auch der Gesetzgeber Rücksicht zu nehmen ³⁾.

Das heißt im Falle des § 20 Abs. 2; die Verwaltungsbehörde muß vorab versuchen,

1) S. 414.

2) zur "verfassungsmäßigen Ordnung" vgl. v. Mang. - Klein Art. 20 VI 4 e; zur Proportionalität; Giacometti § 19 II 4 S. 293.

3) auch ein Postulat der Sozialstaatlichkeit.

die Erfüllung der Pflicht u. U. im Wege des Zwangsverfahrens durchzusetzen¹⁾. Über²⁾ verneint überhaupt jegliche Widerrufsmöglichkeit einer Genehmigung, läßt aber eine Untersagung zu. Wenn man darunter nicht, gerweise wohl nur eine vorübergehende Betriebseinstellung zur Behebung der Mängel versteht³⁾, nähert man sich zumindest der oben vertretenen Ansicht. Es kommt freilich auf die näheren Umstände des Einzelfalles an, in welchem Ausmaß Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gefährdet werden kann. Nur im äußersten Falle, also bei relativ hoher akuter Gefährdung, läßt sich der Widerruf rechtfertigen. Im übrigen muß hier eine Art "Drei-Stufen-Formel" gelten, die eine bestimmte Reihenfolge behördlichen Vorgehens gestaffelt nach dem Maß der Gefahr erzwingt:

- a) Versuch, die Pflichterfüllung u. U. zwangsweise durchzusetzen;
- b) Untersagung des Betriebes;
- c) Beseitigung der Genehmigung.

Zu berücksichtigen ist an diesem Punkt die außerordentliche, aktuelle Gefahrenträchtigkeit der Luftfahrt, wenn schon verhältnismäßig geringfügige sachliche oder personelle Mängel im Unternehmen auftreten. - Nur mit dieser Auslegung steht das "Ist" des § 20 Abs. 2 S. 1-2. Hs innerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung. - In diesem Sinne ist die Ausgangsfrage zu verneinen.

Der Widerruf ist demnach erst im Ernstfall zulässig, dann aber zwingend vorgeschrieben, wenn alle mildereren Mittel vorher versagt haben. Für Ermessenserwägungen ist kein Raum mehr. Auch Billigkeitsüberlegungen finden hier keinen Halt. Der Unternehmer kann in Not geraten, ein großes Unternehmen eingehen, eine größere Zahl Arbeitnehmer stellunglos werden - alle diese und ähnliche Gesichtspunkte wiegen nichts gegenüber dem Schutz vor den besonders großen allgemeinen Gefahren aus der Luftfahrt⁴⁾. Der "Ernstfall" wird z. B. bei sich zeigender Unzuverlässigkeit der verantwortlichen Personen sofort und unmittelbar gegeben sein. Mit einer bloßen Untersagung wird ihr regelmäßig nicht gesteuert werden können.

1) so zutreffend auch Wolff I § 53 III b 2 S. 303.

2) S. 259 Anm. 898.

3) entsprechend der auch regelmäßig nur vorübergehenden Versagung der Genehmigung, bis die Voraussetzungen zur Erteilung erfüllt sind.

4) vgl. auch Oppelt S. 96 - VGH Stuttgart. Urt. v. 11.11.54, H.R. Huber S. 121; Hein-Eichh. -Puk. -Kr. 2 A b zu § 78; weiter Württ. VGH Urt. v. 15.12.58 VRspr. Bd. 11 Nr. 145 S. 624 u. Scheuner S. 48.

bb) Fortfall der Genehmigungsvoraussetzungen

Unter den dargelegten Voraussetzungen ist dann der Widerruf der Genehmigung als letzte verwaltungstechnische Maßnahme zulässig, wenn während des Betriebes sich Tatsachen im Sinne des § 20 Abs. 2 S. 1 1. Hs. ergeben, die zu einer Versagung der Erlaubnis geführt haben würden¹⁾. Solche Tatsachen sind nicht nur innerbetrieblicher Art (insbesondere sachliche und persönliche Zuverlässigkeit i. S. d. Sicherheit), sondern können auch durch eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse auftreten. Zu denken wäre etwa an eine nachträgliche, allgemeine, grundlegende Verschärfung der Sicherheitsvorschriften.

dd) Verstöße gegen die Auflagen

Ob ein begünstigender Verwaltungsakt widerrufen werden muß, wenn der Erlaubnisinhaber Auflagen nicht erfüllt, ist nicht ganz unbestritten. Die wohl herrschende Meinung hält diesen Widerruf aber auf Grund des bloßen objektiven Tatbestandes der Nichterfüllung für zulässig²⁾. Dem kann, zumindest auf dem Gebiet des Luftfahrtrechts nicht gefolgt werden.

§ 20 Abs. 2 regelt³⁾ die Widerrufsmöglichkeiten im oben aufgezeigten Rahmen abschließend, soweit er zwingt. Über ihn hinaus wird jeder zwingend handzuhabende Widerruf der Genehmigung zu einem von vornherein unzulässigen, deshalb nichtigen (Evidenztheorie) bzw. anfechtbaren Eingriff der Behörde in den Gewerbebetrieb. Der Verstoß gegen Auflagen rechtfertigt als objektive Tatsache allein einen Widerruf also nicht.

Ein weiterer Gesichtspunkt spricht gegen diesen Widerruf. Eine Auflage ist eine selbständig durchsetzbare hoheitliche Anordnung, die mit dem Hauptakt nur locker zusammenhängt. Erfüllt der Genehmigungsträger diese Auflagen nicht, so ist die Behörde befugt, und verpflichtet, mit Zwangsmitteln einzuschreiten. Sie darf nicht sogleich mit einem Widerruf der Genehmigung abwehren. Im übrigen gilt auch hier der Grundsatz des mildesten Mittels. Bei dieser Sach- und Rechtslage besteht regelmäßig wegen bloßer Nichterfüllung von Auflagen kein Anlaß,

1) vgl. E. R. Huber II S. 229; Forsthoff S. 243.

2) vgl. Beine S. 12 m. weiteren Nachweisen u. S. 13; im übrigen auch neuerdings Fuhr Vorbem. VIII 3 zu § 16 u. 3 h zu § 33 a u. BGH Urt. v. 11. 4. 57 NJW 57/987, die hier schon von einem allgemeinen verw. - rechtlichen Grundsatz sprechen; auch H. R. Huber S. 119, Forsth. S. 243.

3) ebenso wie § 11 aF, vgl. Rigoll S. 20, Graumann S. 1487¹⁾.

die Erlaubnis - den Hauptakt - zu widerrufen ¹⁾.

Darüber hinaus ist es der Verwaltung möglich, gemäß § 58 Abs. 1 Nr. 11 in den Auflagen auf die Bußgeldvorschriften des LuftVG hinzuweisen und im Falle einer Nichterfüllung Bußgelder festzusetzen. Diese Maßnahme ist auch neben den üblichen Zwangsmitteln anwendbar.

Zu berücksichtigen bleibt indessen, daß die Auflagen nach § 20 dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dienen. Kommt der Erlaubnisinhaber ihnen nicht nach, so setzen zunächst die üblichen einer Auflage zugeordneten Verwaltungsmaßnahmen ein. Haben sie keinen Erfolg ²⁾, so liegen nun "Tatsachen" im Sinne des § 20 Abs. 2 S. 1 vor, die auf eine akute Gefährdung der Allgemeinheit hinweisen. Vielfach wird die renitente Untätigkeit auf eine Unzuverlässigkeit des Unternehmers oder seiner leitenden Personen schließen lassen; in dem Fall ist ein Widerruf regelmäßig unabdingbar. An diesen Nachweis sind jedoch strenge Anforderungen zu stellen, so daß er häufig mißlingen dürfte. Dann aber bleibt zumeist die objektive Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung als unmittelbare Folge permanenter Nichterfüllung übrig. Die Behörde hat in dem Fall den letztlich zur "scharfsten Sanktion ohne Strafcharakter" ³⁾ gegen Nichterfüllung von Auflagen führenden Weg des Widerrufs zu verfolgen. Der Entzug der Genehmigung gründet aber in diesen Fällen immer nur auf einer Verletzung des § 20 und nicht auf der der Auflagen ⁴⁾. Meist wird es jedoch bei einer vorläufigen Untersagung des Betriebes sein Bewenden haben können. Die Praxis nimmt daher derartige Vorbehalte mit Recht in die erteilten Genehmigungen auf ⁵⁾. Nur angesichts dieser Überlegungen ist das Kann der Widerrufsmöglichkeit bei Nichteinhaltung der erteilten Auflagen in § 63 Abs. 2 LuftVZO zu verstehen.

dd) Nichterfüllung von Auflagen nach § 22

Sicherheitliche Gesichtspunkte gelten im Bereich des § 22 nicht. Insoweit fehlt es nicht nur an einer Widerrufsbestimmung wegen Nichterfüllung der Auflagen,

- 1) darauf weist auch Beine S. 12 hin; die hier abgelehnte Ansicht rechtfertigt sich nur unter der - ebenfalls abgelehnten - Auffassung, die Auflage ver helfe einem sonst zu versagenden Verw. -Akt zum Leben (s. o.).
- 2) wobei Zwangsgeldmaßnahmen unter dem Gesichtspunkt der im Sicherheitsinteresse möglichst rasch zu erfüllenden Bestimmungen zu behandeln sind, also nicht über längere Zeiträume erstreckt werden dürfen.
- 3) H. R. Huber S. 119.
- 4) Rigoll S. 48.
- 5) vgl. z. B. die Genehmigung für die "Motorflug GmbH in Koblenz", Nr. V 2 aaO.

sondern auch an der sich aus einer Renitenz ergebenden Widerrufsmöglichkeit. Auflagen gemäß § 22 unterliegen mithin lediglich den üblichen Verwaltungs- zwangsmaßnahmen. Darüber hinaus stellt die Zuwiderhandlung eine Ordnungswidrigkeit im Sinne des § 58 Abs. 1 Nr. 7 dar.

Nur wenn sich aus einer Renitenz des Erlaubnisträgers in Verbindung mit anderen Anhaltspunkten und nach eingehender Prüfung aller Umstände mangelnde Zuverlässigkeit ergeben sollte, ist ein Widerruf auch hier möglich und zulässig; dabei bleibt aber immer zu beachten, daß die Zuverlässigkeit ihrerseits nur im Hinblick auf sicherheitliche Erwägungen nach § 20 zu prüfen und gegebenenfalls festzustellen ist.

ee) Langes Ruhen des Betriebes

Eine Vorschrift, die den Widerruf der Genehmigung wegen langen Ruhens des Unternehmens oder Nichtausübung einzelner Gelegenheitsverkehrsarten oder wegen zu geringer Zahl von Luftfahrzeugen ¹⁾ zuläßt, gab es im Luftverkehrsrecht bislang nicht. Auch der EntwLuftVZO hatte sich darüber nicht ausgelassen. Besondere gesetzliche Vorschriften des Gewerberechts entziehen erteilten Erlaubnissen die Geltung ex nunc bei anfänglichem Nichtgebrauch des Verwaltungsaktes. Das gilt zum Beispiel nach einer Frist der Untätigkeit von einem Jahr nach Maßgabe des § 4 Abs. 1 GastG, § 49 Abs. 1 GewO. Auch späterer Nichtgebrauch im Laufe der Betriebszeit läßt die Genehmigung automatisch nach bestimmter Frist erlöschen; so die §§ 4 Abs. 2 GastG, 49 Abs. 3 GewO.

Unabhängig davon, ob das Luftverkehrsrecht eine solche oder ähnliche Regelung kennt, fragt es sich, ob ein derartiger Automatismus überhaupt mit den rechtsstaatlichen Prinzipien in Einklang zu bringen ist. Will der Rechtsinhaber der zerstörenden Automatik entgehen, muß er handeln. Er muß seine Genehmigung "ins Werk setzen" ²⁾, muß das Unternehmen im Rahmen der Fristen betreiben. Dieses Müssen bedeutet schlicht staatlichen Zwang ³⁾. Darf der Staat insoweit zwingen?

1) so z. B. die Genehmigung für die "Motorflug GmbH in Koblenz" Nr. V 3 aaO.

2) vgl. Forsthoff 6. Aufl., S. 237.

3) "Im allgemeinen ist Zwang jede Einflußnahme auf den Willen eines anderen durch physische oder psychische Mittel zwecks Hervorrufung eines dem freien Willen dieses anderen nicht entsprechenden Verhaltens" (v. Mang.-Klein Art. 12 VII 5 b).

Auch der Gesetzgeber hat Teil am staatlichen Souveränitätsanspruch als Ausfluß staatlicher Macht auf seinem Territorium seinen Staatsbürgern gegenüber. Auch er unterliegt indessen den Grundsätzen der verfassungsmäßigen Ordnung, Art. 20 Abs. 3 GG. Der Zwang wirkte sich, falls zulässig, sicher zu Lasten der Unternehmer aus, doch mit ebensolcher Gewißheit zugunsten der übrigen Bürger; und zwar das ohne Rücksicht auf die individuellen Situationen und Belange der Erlaubnisinhaber. Das Ergebnis wäre gleichsam eine Art Beförderungspflicht im Sinne des Linienverkehrs als spezielle Ausprägung der Betriebspflicht (vgl. § 21 Abs. 2 S. 2). Von diesem Punkt bis zur Arbeitspflicht wäre nur ein Schritt. Dem steht indessen Art. 12 Abs. 2 S. 1 GG entgegen. Selbst wenn man diesen Schritt nicht täte, müßte solcher Zwang - betrachtet nur unter diesem alleinigen Aspekt - in das Ordnungsschema des Wohlfahrtsstaates ¹⁾ eingeordnet werden. Es mag sein, daß die Tendenz des Sozialstaates darauf hinneigt; mit ihm vereinbar ist sie nicht.

Dennoch bestehen keine grundsätzlichen Bedenken gegen die "Verschweigung" ²⁾. Das aber ist nur möglich, wenn man den Zwang zur Tätigkeit übergeordneten rechtsstaatlichen Prinzipien unterstellt und so aus dem Zwang zum Tun einen Rechtsverlust wegen vermuteten Verstoßes gegen diese Prinzipien extrahiert. Das Problem wird dann eine Frage des "volenti non fit iniuria" im Sinne eines Lebens des Bürgers in der Gemeinschaft und - je nach dem Willen des Gesetzgebers - der Beweislast des Rechtsinhabers. Der vermutet verletzte Grundsatz ist der der Wahrung öffentlicher Sicherheit und Ordnung. Die Vermutung kann widerlegt oder unwiderlegbar ausgestaltet sein. Beide Arten werden von der Leitmaxime "in dubio pro libertate" und damit der Freiheitsvermutung zugunsten des Menschen in Freiheit ³⁾ überdeterminiert.

Im Falle bloßen längeren Ruhens des Betriebes ⁴⁾ bzw. Unternehmens wird zwar vielfach nicht auch der Genehmigungsgegenstand weggefallen sein. Doch erfordert die ständige Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gerade im Luftverkehr bei Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit auch die unbedingte Existenz der Genehmigungsvoraussetzungen. Hier und nach gewisser Zeit des Untätigseins mit der Vermutung des Freiheitsmißbrauchs zu arbeiten, das heißt vice versa der widerlegten Freiheitsvermutung, kann dem Gesetzgeber nicht verwehrt sein. Er hält sich damit klar in den Grenzen, die ihm das Grundgesetz vor-

1) im Sinne Wolffs (I, § 11 II b 5).

2) vgl. Wolff I § 54 I a 5, § 37 III d 1.

3) vgl. P. Schneider: I. d. pro. lib. S. 288.

4) abgesehen von dem unter rechtsstaatlichen Erwägungen nicht zu rechtfertigenden und deshalb unzulässigen Vorbehalt wegen zu geringer Luftfahrzeuganzahl.

zeichnet. Unter den Umständen steht es ihm frei, den Anspruch auf die Genehmigung einzuengen und ihren Nichtgebrauch als mit dem ihr eigenen Wesen und Zweck nicht vereinbar mit Rechtsverlust zu belegen. Der Anspruch erstreckt sich also nur auf den erlaubten Betrieb des Unternehmens, nicht aber auch auf die bloße untätige Inhaberschaft der Berechtigung¹⁾. Die Freiheit, frei zu sein, kann im Rechtsstaat nur als kontrollierte wirklich frei machen.

In diesem Sinne hat nun erstmals im Luftfahrtrecht die LuftVZO eine ähnliche Fristregelung für den mehr als zwei Jahre währenden Nichtgebrauch der Verkehrsgenehmigung getroffen: § 63 Abs. 2 aE. Indessen wirkt hier kein Automatismus. Vielmehr trägt die LuftVZO rechtsstaatlichen Gesichtspunkten insofern noch stärker Rechnung, als sie den Freiheitsgedanken intensiver verwirklicht wissen will: nach Fristablauf "kann" widerrufen werden. Es handelt sich dabei nicht um eine Verwirkung im Sinne Giacomettis, S. 400, die er gerade als das automatische Erlöschen durch Nichtgebrauch definiert. Damit wird auch diese Widerrufsmöglichkeit zwangsläufig unter den § 20 Abs. 2 S. 1 gestellt, ohne das lange Ruhen selbst bereits als Tatsache im Sinne dieser Vorschrift zu werten. Diese Regelung läuft der abschließenden Normierung des § 20 folglich nicht zuwider.

Aus allen bisher erörterten Punkten drängt sich die Notwendigkeit auf, die Luftverkehrsunternehmen dauernd zu beaufsichtigen. Dem tragen die Vorschriften der §§ 20 Abs. 2 S. 1 2. Hs., 29, 31 Abs. 2 Nrn. 17, 18, sowie § 65 LuftVZO Rechnung. Zuständig ist die Genehmigungsbehörde, die im Auftrage des Bundes tätig wird (§ 31 LuftVG i. V. m. § 65 LuftVZO), in bestimmten Fällen das Luftfahrt-Bundesamt selbst (vgl. § 31 Abs. 2 Nr. 17 (Umkehrschluß) und Nr. 18).

d) Verzicht

Die Genehmigung verschafft dem Antragsteller eine Rechtsposition, über die er in den aufgezeigten Grenzen frei verfügen darf. Er kann von ihr Gebrauch machen, kann sie ignorieren; er braucht das genehmigte Gewerbe nicht oder nicht mehr auszuüben. Da dann die zuständige Behörde widerrufen kann, tritt nach Ablauf einer gewissen Zeit eine Art "Widerrufs-Anwartschaft" ein. Damit wird die Bestandskraft der Genehmigung von einem gewissen subjektiven, vorab in der Person des Inhabers liegenden Moment abhängig. Es fragt sich somit, ob nicht der Erlaubnisträger kraft seines Willens und Wollens, das heißt seiner Inhaberstellung den Verwaltungsakt auch selbst zum Erlöschen bringen kann.

1) ähnlich neuestens auch BVerwG Beschl. v. 22.2.1965 NJW 65 I 1195, 1196¹

Wie bereits dargelegt handelt es sich bei der Genehmigung um einen mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt insofern, als sie zu ihrer Erteilung eines Antrages bedarf und bei Vorliegen der Voraussetzungen erteilt werden muß. Weder kann die Exekutivgewalt von sich aus tätig werden, noch hat sie Raum, frei abzuwägen, ob sie dem Antrag willfahren will oder ihn ablehnt. Das heißt, der Antragsteller vermag ungehindert Rechte zu erwerben; eine Freiheit, die sich wie ein roter Faden durch das Grundgesetz zieht. Was der Bürger so erwirbt, ist der "verwaltungsrechtliche Besitzstand" ¹⁾. Diese Freiheit lebt indes nur im polaren Spannungsverhältnis; sich so, aber auch anders verhalten zu können. Nichts hindert den Erlaubnisinhaber, einen Antrag auf Beseitigung zu stellen (*contrarius actus*). Keineswegs begibt er sich damit einer Freiheit; er zieht sich vielmehr nur aus dem ihm durch die Erlaubnis aufgeschlossenen freien Betätigungsfeld zurück ²⁾.

Die Erlaubnis "ist" antragsgemäß zu beseitigen. Als logische Umkehrung zum Erteilungsantrag stellt die Erklärung wieder nur Mitwirkungshandeln dar, ist ineinmündig für das erlaubte Tätigwerden der Behörde mit gegenteiligem Vorzeichen. Anderer Voraussetzungen bedarf es nicht. Dem steht auch nicht entgegen, daß § 20 die Zulässigkeit des Widerrufs abschließend regelt. Hier gewinnt die Unterscheidung zwischen Rücknahme und Widerruf eines Verwaltungsaktes ihren Sinn ³⁾. Die Beseitigung nach § 20 ist "echter" Widerruf – Zerstörung eines begünstigenden Aktes, der einseitig von der Behörde ausgeht, vor dessen Mißbrauch der Erlaubnisträger im übrigen zu schützen ist. Die beantragte Beseitigung hingegen steht unter dem Leitmotiv *volenti non fit iniuria* ⁴⁾, ist also kein Widerruf der in § 20 geregelten Art, sondern eine Rücknahme. Infolge der Erklärung des Inhabers gewinnt die Erlaubnis auch nach außen hin die Natur einer Belastung. Diese Freiheit des Rechtsinhabers, sich nach seinem Willen und ungehindert frei entscheiden zu können, begründet ebenso einen Anspruch auf Rücknahme wie zu Beginn den Anspruch auf Erteilung. Er gewinnt wiederum ein subjektiv-öffentliches Recht ⁵⁾, nämlich frei zu sein von "gebundener", weil kontrollierter Freiheit. Darin liegt ebenso wenig ein Verzicht auf die Freiheit als solche wie sich der ursprüngliche Anspruch nicht auf das Gewähren einer Freiheit richtet. Beide, konstruktiver wie destruktiver Anspruch, richten sich allein auf die Erlaubnis, ein bestimmtes Recht ausüben zu dürfen.

1) vgl. Wolff I § 43 III a 2, c 1.

2) im Ergebnis gleich Giacometti S. 415/416.

3) Forsthoff § 13 Nr. 2.

4) der Grundsatz dürfte hier auch nach Ansicht Giacomettis anwendbar sein, vgl. S. 268 Anm. 101.

5) im Sinne Wolffs I § 43 I b 3, c; vgl. neuestens auch BVerwG Urt. v. 28. 5. 1965 NJW 65 II 1617/1618.

Wir haben gesehen, daß der Erlaubnisinhaber von seinen Rechten keinen Gebrauch machen muß. Er kann die Genehmigung ruhen lassen, sei es zu Beginn und unmittelbar nach ihrer Erteilung, sei es durch Betriebseinstellung des Unternehmens. Aber auch durch solches Verhalten bringt er die Genehmigung nicht mittels eigenen Handelns zum Erlöschen. Auch hier wirkt das subjektive Element des Wollens nur als incitamentum, begründet die mögliche Widerlegtheit der Freiheitsvermutung und zwingt damit die Behörde zur Überprüfung, ob widerrufen werden soll oder nicht (§ 63 Abs. 2 LuftVZO). Soweit hier von "Verzicht" gesprochen werden kann, handelt es sich allenfalls um einen solchen auf die Ausübung der aufgeschlossenen freien Betätigung. Die Begünstigung besteht zumindest zunächst und innerhalb der von § 63 Abs. 2 LuftVZO eingeräumten Frist fort ¹⁾. Ein echter Verzicht mit der Wirkung unmittelbaren Rechtsendes entfaltet sich hier nicht.

Die Erklärung des Rechtsträgers kann aber auch dem Wort nach unmittelbar als "Verzicht auf die Genehmigung" abgegeben werden. Private Rechte sind grundsätzlich verzichtbar, das heißt man kann sie durch bloße Erklärung unmittelbar aufgeben (Eigentum, Besitz, Erbrecht, Forderungen, Ansprüche usw.). Diese Abandonnage ist Verfügung über das Recht, setzt mithin eine Verfügungsbefugnis voraus. Die gewerberechtliche und speziell die luftverkehrsrechtliche Genehmigung aber und das aus ihr erwachsene subjektiv-öffentliche Recht zum Betrieb des Unternehmens gehören nicht der Privatrechtsordnung an. Verzicht herkömmlicher Art auf das Recht würde die Erlaubnis in ihrer Existenz treffen und auslöschen. Damit hätte das Privatrechtssubjekt es in der Hand, einen staatlichen Hoheitsakt aufzuheben, den zu setzen es mangels hoheitlicher Kraft nicht imstande ist. Die Genehmigung resultiert nicht aus dem Bereich eigener Verfügungsgewalt. Die Mitwirkung zu ihrer Geburt erschöpft sich im Antrag als dem einzigen subjektiv-privaten Element des incitamentum. Die Erteilung selbst hängt von der an der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen orientierten Entscheidung der mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteten Exekutivgewalt ab. Der gesamte Verwaltungsakt aber trägt diese hoheitliche Natur; sie dauert fort und läßt sich nicht nach Belieben zu einem bestimmten Zeitpunkt verleugnen.

Zwar kann der Staat niemanden zwingen, im Genuß von Rechten zu bleiben, die er nicht mehr behaupten will. Doch bedeutet es keinen Zwang zum Betrieb, wenn das freier Disposition entzogene subjektiv-öffentliche Recht unverzichtbar ist. Hier stößt sich vielmehr das private Individuum als Teil des Gemeinwesens am Staat selbst. Nur letzterem steht es frei, gewährbare öffentliche Rechte durch gesetzliche Verzichtsklauseln insoweit für den Bürger verfügbar auszugestalten. Damit begibt er sich aber gleichsam eines winzigen Teils einer Souveräni-

1) so auch Wolff I § 54 I c 2.

tät und teilt dem Bürger etwas zu, worauf dieser keinen Anspruch hat, was ihm letztlich sogar wesensfremd ist. Soweit aber ein Verzicht gesetzlich nicht vorgesehen ist, fehlt es an der Verfügungskraft des Erlaubnisinhabers. Seine Erklärung bringt den Hoheitsakt nicht eo ipso zum Erlöschen ¹⁾.

Ein Verzicht im zivilrechtlichen Sinne durch einseitige Erklärung mit der unmittelbaren Folge des Absterbens des aufgegebenen Rechts in seiner durch den Verwaltungsakt ausgestalteten Form und damit des Hoheitsaktes selbst bleibt sonach im Bereich der hoheitlichen Verwaltungsakte in der Form der Erlaubnisse kraftlos. Die Verzichtserklärung ist aber auslegbar und kann als Antrag die Wirkung haben, daß die Behörde die Genehmigung zurücknimmt (*contrarius actus*) ²⁾. Erklärt sich der Inhaber nicht klar und deutlich, "verzichten" zu wollen, so hat eine nur auf der Erklärung gründende Rücknahme zu unterbleiben. Der Aufgabewille muß unzweideutig hervortreten. Im Zweifel wird eine aufklärende Rückfrage genügen und zumutbar sein, ist jedenfalls ein "Verzicht" nicht erklärt.

Veräußerung und Verpachtung weisen nicht unbedingt auf einen Verzichtswillen hin ³⁾.

Auch insoweit gliedert sich folglich die Genehmigung nach § 20 in das System des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts ein. Ein Verzicht ergreift niemals sie selbst; er trifft vielmehr unmittelbar nur die Ausübung des gewährten Rechts. Über sie allein ist der Berechtigte Herr. Die Erlaubnis selbst gehört mit ihrer Erteilung und Rücknahme ganz in den Gewaltbereich des Gemeinwesens. Mangels gesetzlicher Billigung läßt ihre hoheitliche Natur Eingriffe des Individuums kraft eigenen Rechts daher nicht zu. Eine Verfügung über die Erlaubnis und damit über ihren Fortbestand kann ihr Adressat und Inhaber in Form eines Verzichts nicht treffen.

1) so auch Forsthoff 6. Aufl. S. 251; Wolff I § 54 I c 2 (auch § 53 III b 1); Giacometti S. 400/401 u. 416, auch S. 312. Eine verbreitete Meinung erkennt die Verzichtbarkeit an; vgl. Landm.-Rohm. I S. 533 m. w. N.; diese Ansicht verkennt und mißachtet die hoheitliche Natur auch des begünstigenden Verwaltungsaktes.

2) so auch Wolff I § 54 I c 2.

3) Fuhr 5 d zu § 14.

ALLGEMEINES ZUR GENEHMIGUNG

1. STRAFVORSCHRIFTEN

Der Charakter der Strafvorschriften gegen Zuwiderhandlungen hat sich gegenüber dem LuftVG aF erheblich gewandelt ¹⁾.

Die einschlägigen Tatbestände des § 32 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 2 LuftVG aF, die den Betrieb ohne Genehmigung als Vergehen einstufen, sind im neuen LuftVG zu bloßen Ordnungswidrigkeiten herabgesunken, § 58 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 nF. Dies ist angesichts der entsprechenden Sanktion des § 60 PBefG (Vergehen) schwer verständlich. In beiden Verkehrsbereichen dient die Genehmigung mit der obli-gatorischen intensiven Vorprüfung des geplanten Unternehmens und seiner Betriebs-mittel der öffentlichen Sicherheit. Setzt sich jemand über dieses billige Verlan-gen der Gemeinschaft hinweg, so ist sein Verhalten durchaus mit einem ethischen Unwerturteil zu belasten. Wenn auch solch ein Unternehmen alsbald geschlos-sen werden kann und muß, so handelt es sich doch keineswegs um eine bloße Ordnungswidrigkeit - einen Formfehler also. U.E. hat sich hier der Staat im Hinblick auf die tatsächliche Gefährlichkeit solchen Verhaltens und angesichts der hinter gleichem Vorzeichen stehenden Regelung im PBefG zu Unrecht sei-nen Strafanspruchs begeben.

Geblieben ist die dem § 315 a StGB ähnelnde Sanktion des § 59 nF entspr. § 31 Abs. 1 Nr. 1 aF. Eine Änderung wurde hier lediglich durch nähere Beschreibung des intensivierten Tatbestandes unter Fortfall der Subsidiaritätsklausel vorgenom-men. Die Übertretung ist damit zugleich zu einem Vergehen verstärkt worden.

Soweit der qualifizierte Tatbestand des § 59 nicht vorliegt, ist es bei der Vor-schrift des § 31 Abs. 1 Nr. 1 aF geblieben, § 58 Abs. 1 Nr. 1 nF. Allerdings wurde hierbei die Übertretung zur bloßen Ordnungswidrigkeit - zu rechtfertigen durch die Qualifizierung in § 59.

Die Zuwiderhandlung gegen Auflagen der §§ 20, 22 ist nun zur Ordnungswidrig-keit (entspr. § 61 Abs. 1 Nr. 1 PBefG) aufgerückt, § 58 Abs. 1 Nr. 5 und 7. Die Sanktion entspricht etwa dem § 11 der "Auflagen für die vom Reichsminister der Luftfahrt genehmigten Luftfahrtunternehmen". Dieser § 11 drohte lediglich

1) es sollen hier nur die das Unternehmen als ganzes betreffenden Vorschrif-ten verglichen werden, nicht aber die Spezialvorschriften für Flugzeug-führer und bestimmte Flüge.

die Rücknahme der Genehmigung an. Im übrigen gelten die §§ 315, 315 a StGB für alle an und in der Luftfahrt irgendwie Beteiligten.

2. ZUSTÄNDIGKEITEN

Nachdem durch Gesetz vom 6.2.1961 (BGBl I S. 65) Art. 87 d in das Grundgesetz eingefügt worden ist, mußte die "Verwaltungsvereinbarung über die Abgrenzung der Verwaltungsbefugnisse zwischen Bund und Ländern auf dem Gebiet der zivilen Luftfahrt" vom 31.12.1952 (VkB1 55/379) alsbald außer Kraft treten. Den Art. 87 d GG füllt nun das Gesetz vom 8.2.1961 durch Neufassung des § 31 LuftVG aus.

Danach ist der Bund generell zuständig für die Genehmigung von Luftverkehrsunternehmen nach § 20. Dies ist notwendig geworden, nachdem man erkannt hat, daß "die in den Sicherheitsvorschriften des Luftrechts enthaltenen Verwaltungsaufgaben ein einheitliches Ganzes bilden, das organisch in eine Hand gehört" ¹⁾. Die zentrale Regelung setzt aber eine Verwaltung voraus, "in der die oberste Behörde berechtigt ist, der untersten Verwaltungsstelle Weisungen zu erteilen".

Als Ergebnis aus den widerstreitenden Ansichten des Bundesrates, Unternehmen mit Flugzeugen bis 5.700 kp höchstzulässiges Fluggewicht in landeseigener Verwaltung zu genehmigen ²⁾, und der Bundesregierung, Gelegenheitsverkehr ohne Rücksicht auf Gewichtsklassen der Maschinen durch den Bund zu genehmigen, soweit der Betrieb über das Land, in dem das Unternehmen seinen Sitz hat, hinausgeht ³⁾, ist die Fassung des § 31 Abs. 2 Nr. 11 zustande gekommen. Danach ist der Bund unmittelbar zuständig für die Genehmigung von Gelegenheitsverkehrsunternehmen, die Flugzeuge über 5.700 kp höchstzulässiges Fluggewicht verwenden. Gleichgültig bleibt, ob sich das Unternehmen auf sein Sitz-Land beschränkt oder nicht. Gleichgültig bleibt aber für den Bereich der Bundesauftragsverwaltung durch die Länder auch, ob ein Unternehmen Flugzeuge bis 5.700 kp innerhalb der Landesgrenzen oder darüber hinaus verwenden will.

Somit sind die Länder zuständig allein für solche Gelegenheitsverkehrsunternehmen, die zwar unbegrenzten Gelegenheitsverkehr betreiben, aber nur Flugzeuge bis 5.700 kp verwenden wollen. Ist auch nur eine Maschine der schwereren Klasse dabei, ist allein der Bund zuständig ohne Rücksicht auf das Fluggebiet und die

1) Bdratsdrucks. 301/59 S. 4/5 der Begründung.

2) vgl. Bdtagsdrucks. 3. WP Nr. 1535 S. 6 zu Abs. 1 Nr. 6.

3) vgl. Bdtagsdrucks. 3. WP Nr. 1535 S. 2 und 7/8.

Zahl der übrigen kleineren Maschinen. Der Bundesrat, dessen Entwurf damit Gesetz geworden ist, hält einen Gelegenheitsverkehr mit Flugzeugen der Berufsflugzeugführerklasse II für so wichtig, daß er hier auf jeden Fall selbst tätig werden will in Form der unmittelbaren Bundesherrschaft.

3. RECHTSMITTEL

Gegen Versagung und Widerruf der Genehmigung sind die nach der VwGO üblichen Rechtsmittel gegeben. Es gilt hier § 68 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 VwGO. Danach ist sofortige Klage (Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage) binnen eines Monats nach Zustellung des Bescheides (§ 74 VwGO) zulässig, da für die Genehmigung und ihren Widerruf die obersten Behörden zuständig sind.

T E I L C

ZUSAMMENFASSENDE BETRACHTUNG

Die der Arbeit zugrunde liegenden Vorschriften der §§ 20, 22 LuftVG haben wir damit nach ihrem rechtlichen Gehalt ausgelotet und sie - soweit möglich, tunlich und für die Erfassung ihres Stellenwertes sowohl im System des Verkehrsrechts als auch insbesondere des Luftverkehrsrechts wertvoll - bis auf ihre entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen zurückverfolgt. Nun, da wir ihren Inhalt kennen so wie er dem Wortlaut nach sich darbietet, und so wie er - gemessen an Verfassung und Verfassungswirklichkeit - sich dem iuris peritus offenbart, müssen wir zweierlei erkennen:

Zum ersten weichen Wortlaut und nach Auslegung tragbarer Inhalt teilweise nicht unerheblich voneinander ab. Wieweit wir hier von einer Absicht des in seinem Ermessen bis zu einem gewissen Grade freien Gesetzgebers sprechen können und dürfen, mag dahinstehen, ist freilich für den Kenner in § 22 erahnbar. Der Laie kann die Flut der Gesetze nicht mehr bewältigen, ihm bleibt insbesondere die zunehmend verklausulierte Spezialsprache des Rechts unverständlich ¹⁾. Laie aber ist nicht nur der gemeine Bürger, sondern regelmäßig auch der die Normen exekutierende Verwaltungsbeamte nicht-iuristischer Provenienz. Auf seinen Schultern zunächst lastet es, den Inhalt der Norm zu erkennen und zu verwirklichen, soweit er mit der Verfassung in Einklang steht. Welche Gefahren sich auf tun, wenn letzteres nicht zutrifft, bedarf keiner näheren Erörterung ²⁾. Und doch handelt es sich um eine Erscheinung unserer Zeit, mit der wir uns aber nicht etwa abfinden, die wir vielmehr - wo immer es möglich ist - anrufen und der wir entgegentreten müssen ³⁾.

-
- 1) darauf habe ich mit den rechtlichen Folgen in anderem Zusammenhang schon früher hingewiesen; vgl. Graumann: Anzeigepflicht für Richter ?, DRiZ 1964/405 zu Anm. 1.
 - 2) Zu diesem Gesichtspunkt sei auf die in anderer Sache erstatteten Gutachten und Stellungnahmen von Erich Fechner und Peter Schneider zum "Feldmühle-Fall" Bezug genommen ("Verfassungswidrigkeit und Rechtsmißbrauch im Aktienrecht").
 - 3) Fechner (Stellungnahme S. 30) maßregelt diese Erscheinung mit dem auf-rüttelnden und so wenig abgewehrten Ausdruck: Krypto-Marxismus, als "eine schlechte Lehre, die hinter dem Bekenntnis zu Freiheit und Gerechtigkeit wirtschaftliche Vorteile des Stärkeren auf Kosten des Schwachen zu stabilisieren sucht".

Zum anderen zeigen die beiden Vorschriften eine durchaus unterschiedliche Beziehung zum Bonner Grundgesetz. § 20 ordnet die Genehmigung und alle mit ihr zusammenhängenden Einzelfragen dem dem Grundrecht der Berufsfreiheit vorrangigen Prinzip der Wahrung von öffentlicher Sicherheit und Ordnung unter. Er ist im wesentlichen unverändert aus einer anderen Verfassungsherrschaft und -wirklichkeit überkommen. Dennoch trägt ihn auch das Grundgesetz und fügt ihn im Großen und Ganzen säuberlich in unser rechtsstaatliches System ein. Ausnahmen sind lediglich für Bedingungen und - vor allem - Befristungen zu machen. Sie tragen nicht alle vier Voraussetzungen, die - erfüllt - den Wesensgehalt des Grundrechts Berufsfreiheit als nicht angetastet erscheinen lassen ¹⁾. Ähnliches gilt für den vom Wortlaut des Gesetzes her allzu "frei" möglichen und vorgeschriebenen Widerruf der Genehmigung. Hier kann nur eine Auslegung der gewiesenen Art helfen.

§ 22 ist insofern verhältnismäßig vorbelastet, als auch er zwar seine historische Grundlage im gleichen Gesetz findet wie § 20, aber in der heutigen Erscheinungsform neu ist. Einst existierte er in der Gestalt der unter dem Bonner Grundgesetz getilgten Bedürfnisprüfung. Sie wollte er ersetzen ²⁾. Daß dies nicht angeht, bedarf keiner Hervorhebung, würde es sich doch nur um einen neuen Mantel für das alte Institut handeln. Für eine Sicherheitsprüfung ist auf seiner Basis in Anbetracht des § 20 kein Raum. Die Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 2 GG müssen aber auch für ihn als Ausübungsregelung gelten ³⁾. Indessen sind die verwendeten termini (öffentliche Verkehrsinteressen, nachhaltige Beeinträchtigung) inhaltlich überaus unscharf. Der auf ihrer Grundlage fußende Eingriff ist nach Umfang und Tragweite objektiv nur schwer berechenbar ⁴⁾. Es bedarf subtiler Auslegung der Vorschrift, um zu einem verfassungskonformen Inhalt zu gelangen. So zeigt sich erst nach eingehender Vergleichung der Verkehrsarten, daß tatsächlich ein vorrangiges Gemeinschaftsgut im Linienverkehr zu schützen ist. Die Maßnahmen der Vorschrift stehen ihrem Wortlaut nach außer Verhältnis zum erlaubterweise angestrebten Ziel. Und die Freiheitsvermutung kann erst nach einiger Zeit des Beobachters als unter Umständen widerlegbar angenommen werden ⁵⁾.

Gleichwohl haben wir keinen Anlaß, die Vorschrift des § 22 als grundgesetzwidrig zu werten, weil sie den Wesensgehalt der Berufsfreiheit verletze. Der Gesetzge-

1) vgl. P. Schneider Gutachten S. 88, 95 ff, u. Stellungnahme S. 49

2) vgl. Anm. 1 S. 89 und zu ihr.

3) so richtig Hamann: Grundgesetz Anm. 7 zu Art. 19.

4) vgl. die Festsetzung der Ruingrenze, oben Anm. 1 S. 97.

5) daß auch der Gesichtspunkt des "volenti non fit iniuria" nicht trägt, hat P. Schneider Gutachten S. 97 mit Nachdruck hervorgehoben.

ber ist in seinem norm-gestaltenden Ermessen weitreichend frei. Schon dies rechtfertigt in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG die "Vermutung zugunsten des Gesetzgebers", das heißt der Gesetzgeber zielt auf eine Beschränkung von Grundfreiheiten allenfalls unter Wahrung ihres Wesensgehaltes ab¹⁾. Solange die Norm aber noch einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich ist, ohne ihres aus dem Wortlaut zu ermittelnden Sinnes verlustig zu gehen²⁾, solange ist auch der Garantiegehalt des gemäßrechten Freiheitsrechts nicht getroffen. In diesem Bereich kann noch keine Rede davon sein, daß etwa konkrete Freiheitspositionen schutzlos dem Zugriff des Staates preisgegeben seien bis zur "Zerstörung des Grundverhältnisses von Freiheitsgarantie und Freiheitsbeschränkung"³⁾. Die Klippe, auf der § 22 de lege ferenda aber stranden muß, ist gerade ihr subtile Auslegung des Wortlauts heischender Gehalt, der sich dem ihm unterworfenen Laien nicht ohne Schwierigkeit erschließt. Die Norm ist folglich de lege lata als eben noch in den Randzonen des Art. 19 Abs. 2 GG liegend zu halten⁴⁾.

Wir haben gesehen, wie das Recht des Gelegenheitsluftverkehrsunternehmens als Sonderfall des gewerblichen Verkehrsrechts den allgemeinen rechtsstaatlichen Verwaltungsgrundsätzen unterliegt und sich harmonisch in dieses System einfügt. Während aber zwischen der Personenbeförderung und dem Gütertransport zu Lande trotz aller gegenstandsbedingten Unterschiede doch gleiche Behandlungsmaßstäbe gelten mögen, ist der Gelegenheitsluftverkehr ein in sich abgeschlossener spezifischer Bereich, der seinen besonderen Gesetzmäßigkeiten nach nur dem bürgerlichen Luftverkehr vergleichbar erscheint. Jeder Punkt einer Erlaubnisprüfung ordnet sich in erster Linie dem Postulat nach Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung unter. Der Luftverkehr - und in seiner später wiederholten Beschränkung Maße der Gelegenheitsverkehr - droht mit einer im sonstigen Gewerbebereich selten gewohnten latenten Gefährlichkeit dieses Umfangs⁵⁾, so daß auf der Grundlage nahezu jeder Eingriff in die berufliche Freiheit zulässig erscheint. Um so schwieriger ist dann freilich die Abgrenzung gegenüber Gesichtspunkten, die aus lange geübter Verfahrenstradition überkommen sind und nicht mehr in ein Staatssystem passen, welches nach seiner Verfassung von der Freiheitsvermutung

- 1) vgl. P. Schneider Gutachten S. 73 (106); item I. d. pro lib. S. 286/287.
- 2) im von J. W. v. Goethe gemeinten Sinne: "Im Auslegen seid frisch und munter, legt ihr's nicht aus, so legt 'was unter."
- 3) P. Schneider Gutachten S. 96, 103.
- 4) Auslegung und neue Fassung de lege ferenda sollten sich deshalb nach dem zu Anm. 5 S. 100 gemachten Vorschlag richten.
- 5) hier könnte man deshalb, wäre es nicht anachronistisch, den Urtyp und Entstehungsgrund der Gefährdungshaftung vermuten.

zugunsten des Einzelmenschen ausgeht ¹⁾.

Lediglich der Schutz des vorhandenen Linienverkehrs, der sich hauptsächlich auf die Deutsche Lufthansa bezieht, ist noch zu rechtfertigen. Dieser Linienverkehr ist ein schützenswertes Allgemeingut. Allerdings ist hervorzuheben, daß der Luftverkehr auch in dieser Beziehung einzig dasteht. Denn abgesehen vom einigermaßen beschränkten Seeschiffverkehr ist der Fluglinienverkehr nach Übersee nahezu ausschließlich Gegenstand der Deutschen Lufthansa (die ausländischen Linien bleiben hier außer Betracht), die damit bis zu gewissem Grade staatliches Qualitätsmerkmal wird. In diesen Zusammenhang gehört der Begriff der "nationalen Repräsentation" ²⁾. Es ist aber sehr zweifelhaft und fragwürdig, wie weit der Schutz der Deutschen Lufthansa im innerstaatlichen Bereich gehen darf. Auf keinen Fall darf er dahin ausarten, mit Hilfe der Deutschen Lufthansa über das als schutzwürdig anerkennenswerte Allgemein- und öffentliche Verkehrsinteresse hinaus zu einer "Selbstdarstellung der Nation vor der Bevölkerung der Bundesrepublik Deutschland" ³⁾ streben zu wollen. Auch das weitgehend staatliche monopolartige Luftfahrtunternehmen ist im Bundesgebiet nur ein Verkehrsunternehmen unter anderen.

An dieser Stelle sei nochmals auf P. Schneider ⁴⁾ und A. Arndt ⁵⁾ verwiesen, welche nachdrücklich vor der Lehre der immanenten Schranken warnen. A. Arndt ⁶⁾ nennt es das "Bestreben, die Verfassung zu minimalisieren", Bach ⁷⁾ hält bereits "die Tendenz zu einem stillen Verfassungswandel, insbesondere zu einem Beschränken der Grundrechte wegen praktischer Erwägungen oder vermeintlicher Gefahren" für nicht mehr übersehbar.

Wenn mit der vorliegenden Arbeit für das Gebiet des Gelegenheitsluftverkehrs diesen Erscheinungen Einhalt geboten werden kann oder die Grenzen der Eingriffsfreiheit nachgezogen und sie umso schärfer erkennbar geworden sind, so ist ihr Ziel erreicht.

1) vgl. P. Schneider I. d. pro lib. S. 269, 280, 290; BVerfGE 13/105 (Handwerks-Entsch.).

2) vgl. BVerfG Urt. v. 28. 2. 1961 (Fernsehurt.) NJW 61/547 (550²).

3) BVerfG aaO.

4) In dubio pro libertate, S. 286 Anm. 69.

5) NJW 64/24².

6) NJW 63/433¹.

7) NJW 63/1763¹ a. Anf.

LEBENS LAUF

Am 26. August 1936 wurde ich als Sohn des Steigers Hans Graumann in Straßfurt, Kr. Calbe/Saale, geboren.

Nach mehrmaligem, durch die damaligen Verhältnisse bedingtem Schulwechsel war ich während meiner Oberschulzeit am Städtischen Gymnasium zu Brühl bei Köln, sodann am Ernst-Moritz-Arndt-Gymnasium zu Bonn und am Städtischen Gymnasium zu Koblenz, wo ich am 25. 2. 1956 die Reifeprüfung bestand.

Im Sommersemester 1956 studierte ich an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität in Bonn, ab Wintersemester 1957/58 an der Universität in Heidelberg, sodann wieder ein Semester in Bonn und vom Wintersemester 1958/59 an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz, wo ich am 17. 5. 1960 die erste juristische Staatsprüfung bestand.

Meine Referendarzeit verbrachte ich vorwiegend im Oberlandesgerichtsbezirk Koblenz, ließ mich aber im Jahre 1963 für zwei Monate zum Luftfahrt-Bundesamt in Braunschweig abordnen. Die große juristische Staatsprüfung bestand ich am 3. 12. 1964. Seit Anfang 1965 stehe ich als Bundesbeamter in den Diensten des Herrn Bundesministers für Verkehr.

Die mündliche Prüfung bestand ich am 25. 2. 1966.



